

Die gesellschaftliche Treupflicht im Recht der A G und G M B H

Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät**

der

Albert - Ludwigs - Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Sigurd Baltzer

Stadtassessor in Braunschweig

1967

Die gesellschaftliche Treupflicht im Recht der A G und G M B H

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der
Albert - Ludwigs - Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Sigurd Baltzer

Stadtassessor in Braunschweig

Dekan: Prof. Dr. Oberhauser.

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Rittner.



G l i e d e r u n g .

A. Einleitung.

Die Auseinandersetzung mit dem Treupflicht=gedanken. 20 - 37

I. Die Umrisse. 20

1. Verbreitung. 20

2. Erscheinungsformen. 22

II. Die Treupflicht im Gesellschaftsrecht. 23

1. Die Generalklausel. 23

2. Die Schwerpunkte. 25

3. Die Kritik. 32

III. Aufbau der Arbeit. 36

1. Methode. Vergleichende Fallanalyse. 36

2. Begrenzung des Themas. 37

B. Hauptteil.

Rechtsprechung und Treupflicht.. 38 - 189

Vorbemerkung.. 38

1. Abschnitt. Die Rechtsprechung bis 1933. 39 - 70

I. Geschäftsführung. 40

II. Kapitalveränderungen. 50

III. Sonstige Fälle. 62

IV. Zusammenfassung. 68

2. Abschnitt. Die Treupflicht in der Rechtsprechung von 1933 - 1945.	71 - 104
I. Geschäftsführung.	72
II. Auflösung und Ausschluß.	82
III. Sonstige Fälle.	90
IV. Zusammenfassung.	101
3. Abschnitt. Die Nachkriegsrechtsprechung.	105 - 128
I. Ausschluß von Gesellschaftern.	106
II. Kapitalerhöhung und Umwandlung.	111
III. Recht auf Information.	117
IV. Sonstige Fälle.	124
V. Zusammenfassung.	126
4. Abschnitt.	
Die Rechtsprechung im Zusammenhang.	129 - 159
I. Bestandsaufnahme. Allgemeine Entwicklung.	129
II. Parallelen. Verknüpfung mit anderen Klauseln.	133
1. Gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte.	134
2. Gute Sitten.	138
3. Schwerpunkt. Treu und Glauben.	141
4. Besondere Formeln.	147
III. Weitere charakteristische Momente.	150
1. Schwere des Eingriffs. Verschulden.	150
2. Die Umstände des Einzelfalles.	151
IV. Erheblichkeit für die Ergebnisse.	155
1. Keine isolierte Treupflicht in der Praxis.	155
2. Treupflichtaussagen und Entscheidung.	157

5. Abschnitt. Treupflicht als Rechtsbegriff ?	159 - 189
I. Sachverhalte und Rechtsfolgen.	159
1. Rechtliche Schwierigkeiten und angemessene Ergebnisse.	159
2. Vorzüge des schiedsgerichtlichen Verfahrens.	162
3. Sinn der Treupflichtaussagen.	164
II. Grundproblem. Richter und geschriebenes Recht.	167
1. Die Erkenntnis richterlicher Rechtsbildung.	167
2. Folgerungen.	171
III. Treupflicht und richterliches Ermessen.	174
1. System des Körperschaftsrechtes.	175
2. Beispiele richterlichen Ermessens.	180
3. Treupflichten und Ermessenskontrolle.	185
C. Schluß.	
Die Ergebnisse und die Begrenzung des Themas.	190 - 194
I. Zusammenfassung.	190
II. Die allgemeine Bedeutung im Gesellschaftsrecht.	192

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s .

I. Lehr- und Handbücher.

Boehmer, Gustav

Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen,

1. Buch 1950, 2. Buch, 1. Abt. 1951, 2. Abt. 1952.

Endemann, W.

Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechsel-
rechts, Band I, Leipzig 1881.

Enneccerus-Lehmann

Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung,
Tübingen 1958.

Esser, Josef

Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960.

Feine, Hans Erich

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung,

Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von
V. Ehrenberg, 3. Band, III. Abteilung. Leipzig 1928.

Fischer, Rudolf

Die Aktiengesellschaft, Handbuch des gesamten Handels-
rechts, herausgegeben von V. Ehrenberg, 3. Band,

I. Abteilung, Leipzig 1916, Seite 12 - 423.

v. Gierke, Julius

Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl.,
Berlin 1958.

v. Gierke, Otto

Deutsches Privatrecht, Leipzig, Band I 1895,
Band III 1917.

Haupt, Günter

Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1942,

4. Aufl. von Rudolf Reinhardt, Tübingen 1952.

Hueck, Alfred

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft,

3. Aufl., Berlin 1964;

ders. Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., München 1965;

ders. und Hans Carl Nipperdey

Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band I,

Berlin 1963.

Larenz, Karl

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960;

ders. Lehrbuch des Schuldrechts, 7. Aufl., München.

Allg. Teil 1964, Besonderer Teil 1965.

Lehmann, Heinrich

Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin 1959.

Nikisch, Arthur

Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl., Band I,

Tübingen 1961.

Paulick, Heinz

Das Recht der eingetragenen Genossenschaft,

Karlsruher 1956.

Schönke, Adolf

Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen

deutschen Recht, Berlin 1954.

Schumann, Hans

Handelsrecht, Band I, Wiesbaden 1954.

Stoll-Felgentraeger

Vertrag und Unrecht, 4. Aufl., 1. Halbband,

Tübingen 1944.

Wieacker, Franz

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952.

Wieland, Karl

Handelsrecht, München, Band I 1921, Band II 1931.

Würdinger, Hans

Gesellschaften, Teil I, Recht der Personalge-
sellschaften, Hamburg 1937;

ders. Aktienrecht, Karlsruhe, 1. Aufl. 1959.

2. Aufl. 1966 unter neuem Titel:

Aktien- und Konzernrecht.

II. Kommentare.

Baumbach-Duden

Kommentar zum HGB, 17. Aufl., München 1966.

Baumbach-Hueck

Kommentar zum Aktiengesetz, 12. Aufl., München 1965;

dies. Kommentar zum GmbH-Gesetz, 12. Aufl., München 1966.

Baumbach-Lauterbach

Kommentar zur ZPO, 29. Aufl., München 1966.

Baumbach-Schwab

Kommentar zur Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl.,
München 1960.

Brodmann, Erich

Kommentar zum Aktienrecht, Berlin 1928;

ders. Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1930.

Düringer-Hachenburg

Kommentar zum HGB, Mannheim, 3. Auflage.

II. Band, 1. Hälfte, 1932; III. Band, 1. Teil 1934.

Erman, Walter

Kommentar zum BGB, 3. Aufl., Münster 1962.

Gadow-Heinichen

Großkommentar zum Aktiengesetz, Berlin.

1. Aufl. 1939, 2. Aufl. Band I 1961, Band II 1965.

v. Godin-Wilhelmi

Kommentar zum Aktiengesetz, Berlin, 2. Aufl. 1950,

3. Aufl., Band II 1967.

Hachenburg, Max

Kommentar zum GmbH-Gesetz, Berlin,

5. Aufl., Band I 1926, Band II 1927.

6. Aufl., Band I 1956, Band II 1959.

Koenige-Teichmann-Koehler

Kommentar zum HGB, 2. Aufl., Mannheim 1929.

Lang-Weidmüller

Kommentar zum Genossenschaftsgesetz.

28. Aufl., Berlin 1965.

Meyer-Meylenbergh

Kommentar zum Genossenschaftsgesetz,

10. Aufl., München 1965.

RGRK-BGB

Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsge=

richtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., Berlin,
I. Band, 2. Teil und II. Band, 2. Teil, 1960.

RGRK-HGB

Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von
Mitgliedern des Reichsgerichts, Berlin,
1. Aufl. 1942, 2. Aufl. 1950 ff.

Ritter, Carl und Justus

Kommentar zum Aktiengesetz, Berlin 1939.

Schlegelberger-Quassowski

Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1939.

Scholz, Franz

Kommentar zum GmbH-Gesetz, Köln. 4. Aufl. 1960,
5. Aufl. unverändert, um einen Nachtrag ergänzt, 1964.

Soergel-Siebert

Kommentar zum BGB, 9. Aufl., Stuttgart,
Band I 1959, Band II 1962.

Staub, Hermann

Kommentar zum Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch,
3./4. Aufl., Berlin 1896; fortgeführt als
Kommentar zum HGB, 12./13. Aufl., Band II 1926,
14. Aufl., Band II 1933.

v. Staudinger, J.

Kommentar zum BGB,
10. Aufl., Band II, Teil 1, Lief. I, München 1940;
11. Aufl. Berlin, Band II, Teil 1 b. § 242 bearb.
von Wilhelm Weber, 1961; Band II, Teil 4, Lief. 1,
§§ 705 ff., 1958.

Teichmann-Koehler

Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1950.

Vogel, Hermann

Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1956.

III. Einzeldarstellungen.

Ballerstedt, Kurt

Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949.

Bydlinski, Franz

Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Gutachten für den 1. Österreichischen Juristentag, Wien 1961.

Beyerle, Franz

Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932.

Bodenheimer, Edgar

Das Gleichheitsprinzip im Aktienrecht.
Mannheim 1933.

Deuss, Peter

Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft nach § 112 AktG und als Problem der Aktienrechtsreform.
Dissertation Köln 1961 = Band 13 der Schriften des Inst. für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln.
herausgegeben von H. C. Nipperdey. München 1962.

Eichler, Herrmann

Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950.

Elster, Alexander

Artikel " Treupflicht " im Handwörterbuch der
Rechtswissenschaft, Berlin und Leipzig, Band VIII,
1937, Seite 708 - 713.

Engisch, Karl

Einführung in das juristische Denken. 3. Aufl.,
Stuttgart 1964.

Esser, Josef

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung
des Privatrechts, Tübingen, 1. Aufl. 1956, 2. un=
veränderte Aufl. 1964;

ders. Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrecht=
sprechung im modernen Privatrecht, Seite 22 - 40 in
" summum ius, summa iniuria ", Ringvorlesung der
Tübinger Juristenfakultät, Tübingen 1963;

ders. Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivil=
richters, Band 24 der Schriftenreihe der Gesellschaft
für Rechtsvergleichung, herausgegeben von E. v.
Caemmerer, Berlin 1964, Vorwort, Seite 5 - 20.

Fechner, Erich

Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942.

Filbinger, Hans

Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktien=
recht und Konzernrecht, Berlin 1942.

Fleischmann, Hans

Die Treupflicht der Mitglieder von Kapitalgesell=
schaften, Dissertation Frankfurt 1937.

Goldschmidt, A.

Die Generalklausel, Seite 209 - 216 in

" Dem XXIV. deutschen Anwaltstag ", Mannheim 1929.

Hedemann, Justus Wilhelm

Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933.

Henle, Rudolf

Treu und Glauben im Rechtsverkehr, Berlin 1912.

Hesse, Friedrich Wilhelm

Die Treupflicht des Aktionärs,

Dissertation Köln 1938.

Heymann, Ernst

Die Haftung der Aktionäre und Dritter für gesellschaftsschädliche Handlungen,

Festschrift für Wieland, Basel 1934, S. 221 - 240.

v. Hippel, Fritz

Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen, Marburg 1942; jetzt in Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, Frankfurt 1964, S. 149 - 193.

Hubmann, Heinrich

Der Treuegedanke im Aktienrecht,

Dissertation München 1948.

Hueck, Alfred

Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaften und die Rechtsprechung des Reichsgerichts,

Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Berlin und Leipzig 1929, Band IV, 167 - 189;

ders. Der Treuegedanke im Recht der OHG, Festschrift für Hübner, Jena 1935, S. 72 - 91;

ders. Der Treuegedanke im modernen Privatrecht.
München 1947.

Hueck, Götz

Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im
Privatrecht, München 1958.

Klausning, Friedrich

Treupflicht des Aktionärs ? Festschrift für
Schlegelberger, Berlin 1936, S. 405 - 456.

Knöpfel, Gottfried

Die Treupflicht im Recht der GmbH.
Dissertation München 1954.

Kühn, Manfred

Die Minderheitsrechte in der GmbH und ihre Reform.
Dissertation Hamburg 1963 = Heft 52 der Hamburger
Rechtsstudien, Hamburg 1964.

Küster, Werner

Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter,
insbesondere des Stimmrechts, im deutschen
Gesellschaftsrecht, Berlin 1954.

Larenz, Karl

Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung,
3. Aufl., München 1963.

Lifschütz, Alexander

Die Generalklausel im Aktienrecht, Mannheim 1931.

Mestmäcker, Ernst-Joachim

Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der
Aktionäre, Karlsruhe 1958.

Müller-Erzbach, Rudolf

Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein
eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948.

Netter, Oscar

Zur aktienrechtlichen Theorie des " Unternehmens
an sich ", Festschrift für A. Pinner, Berlin und
Leipzig 1932, S. 507 - 612 (= Teil III, 105 - 210).

Petersen, Jens

Die personengesellschaftliche Struktur der GmbH,
Dissertation Kiel 1954.

Rittner, Fritz

Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer
und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957;
ders. Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe,
Recht und Staat Nr. 261/262, Tübingen 1962;
ders. Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des
Zivilrichters im deutschen Recht, Band 24 der
Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsver=
gleichung, herausgegeben von E. v. Caemmerer,
Berlin 1964, S. 21 - 52.

Schönfeld, Walther

Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichs=
gerichts, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen
Rechtsleben, Berlin u. Leipzig 1929, Band II.
S. 191 - 272 .

Scholz, Franz

Ausschließung und Austritt eines Gesellschafters
aus der GmbH, Köln, 1. Aufl. 1942, 3. Aufl. 1950.

Serick, Rolf

Rechtsform und Realität juristischer Personen,
Berlin 1955.

Siebert, Wolfgang

Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung,
Marburg 1934;

ders. Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, Berlin 1935.

Theis, Alfred

Grundfragen der Rechtsstellung des Aktionäre im
Gemeinschaftsrecht, Dissertation Berlin 1939.

Wieacker, Franz

Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB,
Recht und Staat Nr. 193/194, Tübingen 1956;

ders. Gesetz und Richterkunst - Zum Problem der außer=
gesetzlichen Rechtsordnung - Karlsruhe, 1958.

Wolany, Josef

Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer
GmbH, Köln 1964.

Zöllner, Wolfgang

Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechts=
macht bei den privatrechtlichen Personenverbänden,
München 1963.

IV. Zeitschriftenaufsätze.

Becher, Hans

Wettbewerbsverbot und gesellschaftsmäßige Treu=
pflicht, NJW 1961, 1998 - 2000.

Bergmann

Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen, ZHR 105, 1 - 43.

v. Boehmer, Henning

Die Beschränkung von Gesellschafterbeschlüssen durch Änderung des Gesellschaftsvertrages auf Grund von Mehrheitsbeschlüssen, JR 1949, 557 - 559.

Buchwald

Die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus der Gesellschaft, BB 1953, 457 - 460.

Claren, Wolfgang

Die Treupflicht des Aktionärs, ZAkDR 1937, 490 - 493.

Crisolli, Karl-August

Auswirkungen der neuen Rechtsanschauung im Handelsrecht, JW 1935, 8 - 14.

Degen

Gegenseitiges Treueverhältnis zwischen Gesellschaftern einer GmbH oder Aktionären einer AktG. JW 1929, 1346 - 1347.

Dorpalen, Andreas

Die Treupflicht des Aktionärs, ZHR 102, 1 - 32.

Esser, Josef

§ 242 und die Privatautonomie, JZ 1956, 555 - 557.

Fischer, Robert

Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 1954, 777 - 780.

v. Gierke, Julius

Besprechung von A. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, ZHR 111, 190 - 199.

Hachenburg, Max

Aus dem Rechte der GmbH. Der Ausschluß des Stimmrechts bei der GmbH, LZ 1907, 460 - 472.

Heyl zu Herrnsheim, Freiherr

Der Treubegriff im Gesellschaftsrecht, Dt.R. 1934, 535.

Hubmann, H.

Besprechung von W. Küster, Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, ZHR 119, 136 - 137.

Hueck, Alfred

Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH.

Der Betrieb 1951, 108 - 110.

Kißkalt, Wilhelm

Reform des Aktienrechts, ZAkDR 1934, 20 - 34.

Kolb, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht in der jüngsten

Rechtsprechung des Reichsgerichts, ZAkDR 1935.

372 - 375.

Lifschütz, Alexander

Der Bericht der Aktienrechtskommission,

JW 1929, 609 - 611.

Löhlein

Treupflicht des Aktionärs ? JR 1950, 497 - 499.

Masur, Oskar

Zum Ausschluß eines Gesellschafters einer GmbH

aus wichtigem Grunde, NJW 1949, 407 - 409.

Müller - Erzbach, Rudolf

Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht,

AcP 154, 299 - 343.

Netter, Oscar

Über den Einfluß des Widerstreits zwischen Konzerninteresse und Einzelinteresse auf die Rechtswirksamkeit von Generalversammlungsbeschlüssen,
JW 1931, 3030 - 3034.

Raiser, Ludwig

Besprechung von E. Fechner, Die Treubindungen des Aktionärs, ZgStW 103, 174 - 176;

ders. Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht,
ZHR 111, 75 - 101.

Ritter, Carl

Gleichmäßige Behandlung der Aktionäre,
JW 1934, 3025 - 3029.

Rittner, Fritz

Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft,
FAMRZ 1961, 1 ff., auch als Sonderdruck;

ders. Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht. (Bemerkungen zu dem gleichnamigen Gutachten von F. Bydlinski.) FAMRZ 1962, 287 - 289.

Schilling, Wolfgang

Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts.
JZ 1953, 489 - 494. .

Schmidt, Hans Martin

Die gegenseitige Treupflicht der GmbH-Gesellschafter, GmbHR 1960, 137 - 141.

Schmitt, Carl

Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis,
Dt. R. 1933, 201 - 202.

Scholz, Franz

Ausschließung und Austritt aus der GmbH.

Dt. Recht 1942, 1667 - 1670;

ders. Treu und Glauben im Recht der GmbH, GmbHHR 1949,

71 - 74.

Siebert, Wolfgang

Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher

Personenverbände, DJZ 1935, 713 - 723.

Stoll, Heinrich

Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag,

DJZ 1936, 414 - 421.

Wieacker, Franz

Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel,

JZ 1957, 701 - 706;

ders. Naturrecht und materiale Gerechtigkeit,

JZ 1964, 633 - 640.

Zahn, Johannes C. D.

Gegen den körperschaftlichen Aufbau der Aktien=
gesellschaft, Deutsche Justiz 1935, 27 - 29:

Die gesellschaftliche
Treupflicht im Recht der
AG und der GmbH.

A. Einleitung.

Die Auseinandersetzung mit dem Treupflichtgedanken.

I. Die Umriss.

1. Von Treupflichten ist in den verschiedensten Rechts= gebieten die Rede. Zwar beruft man sich heute nicht mehr bei jeder sich bietenden Gelegenheit auf Treue und Treupflicht. Nach den Auswüchsen in den Jahren von 1933 bis 1945 sind Rechtsprechung und Lehre im Umgang mit diesen Gedanken zurückhaltender geworden. Dennoch ist die Treupflicht im juristischen Sprach= gebrauch weiterhin häufig anzutreffen. Einen beson= deren Schwerpunkt bildet seit jeher das Beamtenrecht.¹⁾ Aber es gibt kein Rechtsgebiet, in dem auf den Be= griff Treupflicht völlig verzichtet wird.²⁾ Bemerkenswert ist die starke Ausbreitung im Zivilrecht, weil hier noch zu Beginn dieses Jahrhunderts kaum

1) Vgl. etwa schon § 2 II 10 ALR; aus der Rechtspre= chung ProVG 55,467 ff (1909), eingehend. Siehe auch Hedemann, Flucht in die Generalkl. S. 43 ff.
2) Im Strafrecht ist z. B. bei der Untreue von Treu= pflichten die Rede.

Ansätze vorlagen.¹⁾ Erst recht war die Treupflicht damals nicht Gegenstand selbständiger, juristischer Untersuchungen. Inzwischen hat sich das geändert. In die Gesetzessprache des Zivilrechts ist dieser Begriff jedoch nie richtig eingedrungen. Selbst das Aktiengesetz aus dem Jahre 1937 hat ihn nicht genannt. Dem entspricht eine verbreitete Ansicht, die den Sinn der Treupflichten darin sieht, in geeigneten Bereichen bestimmte, gesetzlich nicht geregelte Tatbestände angemessen zu erfassen.²⁾

Das Streben nach praktisch vernünftigen Ergebnissen ist mit der Entwicklung der Treupflichten eng verknüpft. Nicht von ungefähr haben sich diese Gedanken besonders dort ausgebreitet, wo die überkommenen Lösungen nicht mehr befriedigten. Am stärksten sind die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beeinflusst worden. Die Treupflichten sind im Arbeitsrecht heute noch von großer Bedeutung.³⁾ Weiterhin ist das Gesellschaftsrecht zu nennen. Auch hier lassen sich die Treupflichten, was immer man darunter versteht, zum festen Bestand rechnen. Das kommt am deut-

-
- 1) Zu den Ausnahmen zählt O. v. Gierke, z. B. im Dt. Privatrecht III, 828 ff., 836. In seiner Nachfolge wird vielfach der deutsch-rechtliche Charakter der Treupflicht betont. Vgl. A. Hueck, Festschr. für Hübner, S. 72 ff.; J. v. Gierke ZHR 111, 199.
 - 2) Knöpfel (Diss.) S. 24, 29 - 30 u. a. Das wird meist nicht deutlich gesagt. Vor allen Dingen wird die Treupflicht nirgends systematisch mit dem Lückenproblem verbunden, deshalb auch in keinem Falle streng auf die Ausfüllung von Lücken beschränkt.
 - 3) Vgl. Hueck-Nipperdey ArbeitsR. I, S. 241 ff. und ständig; Nikisch ArbeitsR., vor allem Band I, S. 445 ff.

lichsten in ihrer gewohnheitsrechtlichen Begründung zum Ausdruck.¹⁾

2. Mit dem Begriff Treupflicht wird kein einheitlicher Sinn verbunden. Schon deshalb darf die konkrete Fragestellung nicht außer acht bleiben. Werden die Sachzusammenhänge gelöst, in denen von Treupflichten die Rede ist, so treten leicht Mißverständnisse auf. Diese können den Eindruck dogmatischer Gegensätze erwecken. Das wird an Hand praktischer Beispiele im Hauptteil noch genauer erörtert. Vorab sei nur auf einige Randerscheinungen hingewiesen.

Eine Auseinandersetzung wird zunächst durch die unterschiedliche Terminologie erschwert. Nicht immer ist mit " Treupflicht " ein selbständiger Rechtsbegriff gemeint. Wenn dieser Ausdruck gebraucht wird, so geschieht das oft nicht in einem bestimmten, technischen Sinne. Vielmehr stehen die Treupflichten heute z. B. im allgemeinen Schuldrecht regelmäßig synonym für vertragliche Nebenpflichten (Rücksichtspflichten).²⁾ Deshalb besteht nicht notwendig ein sachlicher Gegensatz zu denen, die nur in bestimmten Rechtsverhältnissen " echte " Treupflichten anerkennen.³⁾

1) A. Hueck, Treuegedanke, S. 9; Staud.-Geiler-Keßler, 35 a vor §§ 705 ff. BGB.

2) Bsp. Esser, Schuldrecht § 33. Anders dagegen Stoll-Felgentraeger, Vertr. u. Unrecht (4), S. 15. These: Im allg. Schuldrecht besteht zwischen den Vertragspartnern ein umfassendes, gegenseitiges Treueverhältnis und nicht etwa ein Interessengegensatz. Kritisch z. B. A. Hueck a.a.O. S. 5/6. Vgl. auch Staud.-Weber (10) Anm. 351 - 361 vor § 241 BGB; J. v. Gierke ZHR 111, 194.

3) Vgl. Fechner, Treubindungen, S. 24 - 27; A. Hueck a.a.O. S. 12; J. v. Gierke a.a.O. S. 195 ff.

Eine weitere Schwierigkeit bildet die im Schrifttum verbreitete Unterscheidung zwischen " der " Treupflicht, die gewissermaßen als solche gesehen wird und ihren " konkreten Ausprägungen ", nämlich den einzelnen Treupflichten. Diese wiederum erscheinen in zahlreichen Formen. Hier sei nur erwähnt, daß sich die ganz überwiegende Ansicht auf durchsetzbare Rechtspflichten beschränkt. Dagegen will eine Mindermeinung auch nicht erzwingbare, zum Teil sogar moralische Pflichten einbeziehen.¹⁾

II. Die Treupflicht im Gesellschaftsrecht.

1. Nach einer in Rechtsprechung und Schrifttum vielfach wiederholten Formulierung ist unter der gesellschaftlichen Treupflicht die Verpflichtung zu verstehen, jede Schädigung der Gesellschaft sowie der durch den Gesellschaftszweck umfaßten Einzelinteressen zu vermeiden und diese Interessen im Rahmen der gesellschaftlichen Tätigkeit zu fördern.²⁾ Diese Generalklausel³⁾ ist in mehrfacher Hinsicht charakteristisch. Sie kennzeichnet Ausgangspunkte und Methodik einer verbreiteten Ansicht.

Grundsätzlich bieten sich für die Untersuchung der

1) Elster, Hdwb. LRW VIII, 709. Vgl. auch Klausing, Festschr. Schlegelberger S. 424/5; J. v. Gierke, ZHR 111, 197.

2) A. Hueck, Treuegedanke S. 15; Staud.-Geiler-Keßler, 36 c vor §§ 705 ff. BGB.

3) A. Hueck a.a.O. S. 3 ff., 9 ff.

Treupflichten zwei Wege an.

Es liegt eigentlich nahe, von der Praxis auszugehen, denn ständig wird die Bedeutung der Rechtsprechung - insbesondere der höchstrichterlichen - für die Entwicklung der Treupflichten betont. In der Tat erfolgte ein wesentlicher Anstoß durch Hachenburgs Auseinandersetzung mit dem Reichsgericht.¹⁾ Aber das Schrifttum hat immer stärker einen anderen Weg beschritten. Das fällt besonders bei Spezialabhandlungen auf, die sich mit den Treupflichten beschäftigen. Die Grundlage bilden häufig rechtsphilosophische Erörterungen. Ausgehend von der Verwurzelung des Treuegedankens in der Ethik behandeln viele Autoren das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit.²⁾ Im Ergebnis wird die Treupflicht als Verkörperung eines rechtsethischen Prinzips verstanden. Zur näheren Begründung werden weitgehend außerjuristische Maßstäbe herangezogen. Die eigentliche Aufgabe liegt dann in der Zergliederung der Treupflicht in ihre "konkreten Ausprägungen".

Diese Methode birgt große Gefahren in sich. Sie verleitet, allgemeine Grundsätze aufzustellen und an diesen ein konkretes Problem zu messen, während die besonderen Sachzusammenhänge vernachlässigt werden. Das läßt sich verdeutlichen, indem man den Weg dieser Konstruktionen weiterverfolgt.

1) Hachenburg LZ 07,460 ff.

2) Beispiele: Fechner, Treubindungen, S. 12 - 32;
A. Hueck, Treuegedanke, S. 4 f., 7 ff.; Hubmann
(Diss.) S. 6 ff., 22 ff.

2. Aus dem allgemeinen Ansatzpunkt, nämlich der selbständigen Generalklausel " Treupflicht ", erwächst sofort die Aufgabe, eine Abgrenzung gegen ähnliche Prinzipien durchzuführen. In diesen Unterscheidungen wird häufig das eigentliche Problem gesehen. Im Mittelpunkt steht das Verhältnis der Treupflicht zu Treu und Glauben,¹⁾ der nach verbreiteter Ansicht zentralen, rechts=ethischen Generalklausel.²⁾ Schon die Worte deuten auf jene enge Verwandtschaft hin, die auch der juristische Sprachgebrauch erkennen läßt. Deshalb wird eine sichere Abgrenzung gegen Treu und Glauben als wesentliche Voraussetzung für die Brauchbarkeit eines selbständigen Rechtsbegriffs " Treupflicht " angesehen.
- Der Meinungsstreit läßt zwei Hauptrichtungen erkennen. Die Mehrheit hält die Treupflicht für eine bloße Verdichtung von Treu und Glauben. Nach der Gegenansicht ist in der Treupflicht etwas durchaus Unabhängiges, Eigenständiges zu sehen. Diese Auffassung hat Bergmann herausgearbeitet und besonders betont.³⁾ Treu und Glauben bedeuten für ihn die Art und Weise, wie die Leistung zu bewirken sei. Die Treupflicht dagegen erhebe die Treue selbst von einer " Leistungsmodalität " zum " Leistungsgegenstand ". Während Treu und Glauben

1) Neuerdings geht man dieser Frage bisweilen aus dem Wege. So etwa Zöllner, Schranken mitgl. Stimmrechtsmacht, S. 336/7, der bewußt nur von Treubindungen spricht.

2) Kritisch bereits 1911 Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Bedeutsam jetzt vor allem Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB.

3) ZHR 105, 11 f.

nur " die Umhüllung für die Kernleistung " seien, werde bei der Treupflicht die Treue selbst zur " Kernleistung ". Diese Ausführungen haben viel Beifall gefunden und kehren oft mehr oder weniger wörtlich wieder.¹⁾

Die überwiegende Ansicht weigert sich jedoch, die Treupflicht grundsätzlich von Treu und Glauben abzuheben. Sie geht vielmehr davon aus, daß es sich um zwei wesensgleiche Generalklauseln handele, die nur graduell, nicht prinzipiell zu unterscheiden seien.²⁾ Die Treupflicht führe zu einer Pflichtenvermehrung; zu Anforderungen, die über die allgemeine Beachtung von Treu und Glauben hinausgingen. Auf der anderen Seite ist das Bestreben erkennbar, sich von jenen Ansichten zu distanzieren, die in der Treupflicht nur einen rechtstechnischen Kurzausdruck, d. h. eine konkrete Folgerung aus Treu und Glauben sehen wollen.³⁾

Um dem Vorwurf zu begegnen, eine derartige Generalklausel sei überflüssig, wird versucht, der Anwendungsbereich scharf abzugrenzen. Das Gewicht dieses Punktes liegt in seiner Verknüpfung mit Inhalt und Sinn des Rechtsbegriffs Treupflicht, der hier gewissermaßen

1) Bsp. Fechner, Treubindungen, S. 27 Anm. 1; vgl. auch Klausling, Festschr. Schlegelberger, S. 416 ff.; Hubmann (Diss.) S. 47.

2) A. Hueck, Treuegedanke S. 12; Staud.-Geiler-Keßler, 35 a vor §§ 705 ff. BGB; Kühn (Diss.) S. 32 u.v.a. In den Einzelheiten bestehen viele Unterschiede. Eigenartig z. B. Knöpfel (Diss.) S. 25 ff., 32 ff.

3) So manche Kritiker einer Generalklausel " Treupflicht ", aber auch andere, soweit es sich um Aktiengesellschaften handelt. Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB; Lehmann Ges.R. S. 262/3.

erst geschaffen wird als eine Generalklausel, die den besonderen Gehalt " bestimmter " Rechtsverhältnisse erfaßt.

Die so umschriebene Treupflicht wird im Wesen der Gemeinschaft verankert. Damit wird der Versuch einer einheitlichen Erklärung fortgesetzt. Als Gemeinschaften können jedoch sehr verschiedenartige Gebilde angesehen werden.¹⁾ Nicht bei allen Rechtsbeziehungen, die sich einer Gemeinschaft im weitesten Sinne zuordnen lassen, sollen Treupflichten bestehen. Deshalb wird eine weitere Abgrenzung versucht.

Das hat im Gesellschaftsrecht zu einer eigenartigen Fragestellung geführt. Es wird erörtert, bei welchen Gesellschaften eine Treupflicht bestehen kann und bei welchen nicht. Diese Treupflicht wird als Generalklausel vorausgesetzt, sei es auch mit einem noch so vagen Inhalt.

Die Ergebnisse sind sehr unterschiedlich. Jedoch hat sich die Ansicht immer stärker durchgesetzt, daß auf den personenrechtlichen Charakter einer Gemeinschaft abzustellen ist. Der Grundgedanke ist, daß die Gesellschaften nicht nur Vermögens-, sondern auch Interessen- und häufig sogar Arbeitsgemeinschaften sind. Damit soll der Gegensatz zum individual-schuldrechtlichen Vertrag verdeutlicht werden, für den das Gegeneinander

1) Bydlinski, Gutachten S. 33 - 35.

typisch ist.¹⁾ Zwar wird anerkannt, daß es sich bei jeder Gesellschaft wesentlich um den Einsatz privaten Vermögens handelt. Aber durch die Interessenverbindung, verstärkt durch den persönlichen Arbeitseinsatz, werde - so heißt es - der Zusammenschluß über den Rahmen einer bloßen Kapitalgemeinschaft hinausgehoben. Das persönliche Zusammenwirken - " Miteinander " - führe zu einer gegenseitigen Verbundenheit, die im rechtlichen Bereich bewirke, daß sich der Grundsatz von Treu und Glauben zu einer Treupflicht verstärke. Diese erweise sich damit als das Gegenstück zur echten Gemeinschaft,²⁾ die ein personenrechtliches Gebilde sei.³⁾

-
- 1) Das wird oft auf Beyerle, Treuhand, S. 17 - 19 zurückgeführt: " Gleichläufig-eigennützige Belangwahrung ". Bsp. Soerg.-Siebert 5 zu § 242 BGB; Knöpfel (Diss.) S. 33/4.
 - 2) A. Hueck, Treuegedanke, S. 6; kritisch J. v. Gierke ZHR 111, 192 ff., 199.
 - 3) Die Anhänger dieser Gedanken bilden keine geschlossene Gruppe. Sie lassen sich überhaupt nicht unter einer bestimmten Lehre zusammenfassen. Kennzeichnend ist jedoch, daß in den meisten Stellungnahmen die Treupflicht wesentlich auf den Begriff " personenrechtliche Gemeinschaft " zurückgeführt wird. Vgl. Siebert DJZ 35, 722; Soerg.-Siebert 5, 46 zu § 242; Soerg.-Siebert-Schultze-v. Lasaulx 39 zu § 705 BGB; Erman II 7 zu § 242 BGB; Staud.-Weber A 230 ff. zu § 242 BGB; Larenz, SchulR., AT., S. 108 Anm. 1, BT., S. 293; A. Hueck, Festschr. Hübner, S. 72; ders. Treuegedanke, S. 12; ders. Recht der OHG, S. 20. 36 f.; ders. Ges.R., S. 31, 236; Lehmann, Ges.R., S. 182, 262/3; Weipert, RGRK-HGB 31 zu § 105; W. Schmidt in Großkom. Anm. 8 b zu § 1 AktG; Hachenburg-Schilling Anm. 27 zu § 14 GmbHG; Becher NJW 61, 1999; Hubmann (Diss.) S. 39 ff. u.v.a. Für Genossenschaften begründet Paulick, Recht d. eing. Gen. S. 198 ff., die Treupflicht aus der Doppelstellung der Mitglieder als wirtschaftliche Träger und Kunden des Unternehmens. Auch die arbeitsrechtl. Literatur stützt sich auf ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Hueck-Nipperdey, Lehrb. I, 126 ff., 241 ff.

Damit scheint eine Basis geschaffen, um die verschiedenartigen Gesellschaften einzustufen. Jedoch ist die Gefahr evident, den Begriff "personenrechtliche Gemeinschaft" durch Treubindungen zu umschreiben und die allgemeine Treupflicht auf einen Zirkelschluß zu stützen.

Es wird meist geprüft, welchen Vereinigungen das Attribut personenrechtlich zuzubilligen ist. Das Reichsgericht hat eine derartige Verbundenheit selbst für Aktiengesellschaften bejaht,¹⁾ bisweilen im ausdrücklichen Rückgriff auf die Wirklichkeit.²⁾

Das Schrifttum ist dieser Rechtsprechung seinerzeit fast einhellig gefolgt.³⁾ Soweit sich kritische Stimmen überhaupt zu Wort meldeten, beriefen sie sich auf das geltende Recht, billigten die Treupflicht des Aktionärs aber meist rechtspolitisch.⁴⁾ Das

-
- 1) RGZ 146,71 ff. und 385 ff.; 158,248 ff. etc.
 - 2) Es wurde an soziale Gemeinschaften angeknüpft. Vgl. Fechner, Treubindungen, S. 53.
 - 3) Siebert JW 35,1553/4; Dorpalen ZHR 102,14 ff.; Klausning, Festschr. Schlegelberger, S. 405 ff.; Kolb ZAkDR 35,372 ff.; Claren ZAkDR 37,490 ff.; Bergmann ZHR 105,9 ff.; Hesse (Diss.) S. 30/1; Fleischmann (Diss.) S. 29 ff.; Theis (Diss.) S. 126 ff.; Filbinger, Schranken der Mehrheits-herrschaft, S. 107 ff.
 - 4) Bsp. Zahn LJ 35,27 ff., der nach geltendem Recht nur §§ 138, 826 BGB als Schranken der Aktionäre anerkannte. Vgl. auch Kißkalt ZAkDR 34,20 ff.; Crisolli JW 35,13; Stoll DJZ 36,414 ff. Diese Zurückhaltung, besonders bei Zahn, wurde häufig scharf kritisiert. Vgl. Fleischmann (Diss.) S. 39 - 41.

Schwergewicht des Meinungsstreites lag bei einer anderen Frage. Es wurde ausgiebig erörtert, ob die Treupflicht nur gegenüber der Gesellschaft oder auch gegenüber den Mitaktionären bestehe.¹⁾ In der Literatur konnte sich keine Ansicht durchsetzen. Das Reichsgericht ließ die Entscheidung letztlich offen.²⁾ Heute ist die Rechtslehre von diesen Vorstellungen wieder abgerückt.³⁾ Sie versteht Personengesellschaften und Genossenschaften als personenrechtliche Gemeinschaften, verwirft aber eine "echte" Treupflicht der Aktionäre. Im Schnittpunkt der Kontroversen steht die GmbH, die besonders dann, wenn sie nur aus wenigen Gesellschaftern besteht,

-
- 1) Für die engere Ansicht: Düringer-Hachenburg, Kom. z. HGB, III 1, Einl. Anm. 78/9; Ritter JW 34,3029; Fechner, Treubindungen, S. 83 ff, 103; u. a.
Für eine Treupflicht der Aktionäre untereinander: Siebert JW 35,1554; Dorpalen ZHR 102,27 - 29; Hesse (Diss.) S. 24/5; Fleischmann (Diss.) S. 46/7; Theis (Diss.) S. 121/2 u. v. a.
Nach Lifschütz JW 29,610 und Generalklausel, S. 36-38, besteht die Treupflicht nur gegenüber den Mitaktionären. Vgl. außerdem Netter, Festschr. Pinner, S. 591/2 (189/90); ders. JW 31,3033.
- 2) RGZ 158,254.
- 3) A. Hueck, Treuegedanke, S. 14/5; ders. Ges.R. S. 178; Baumb.-Hueck, 2 B vor § 48 AktG; dies. 2 B vor § 13 GmbHG; Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB; Lehmann, Ges.R. S. 262 ff.; Haupt-Reinhardt, Ges.R. S. 113; Schumann, HandelsR. I. 326 ff.; W. Schmidt in Großkom. Anm. 8 b zu § 1 AktG; v. Godin-Wilhelmi, Anm. 2 zu § 1 AktG; Mestmäcker, Verwaltung, S. 348 ff. A. A. noch J. v. Gierke, ZHR 111,197 f. u. Handelsrecht, S. 312; Teichmann-Koehler (3) Anm. 5 b zu § 48 AktG; Löhlein JR 50,497 ff.
Bei der GmbH wurde die Treupflicht der Mitglieder untereinander kaum erörtert. Das RG hat sie ohne weiteres bejaht. RG HRR 40,1359; RG Dt.R. 41,1307. Die Literatur ist noch heute dieser Ansicht. Vgl. H. M. Schmidt GmbHR 60,137 ff.; Wolany, Rechte u. Pflichten, S. 111/2; Petersen (Diss.) S. 79 ff.

der OHG in mancher Hinsicht angenähert erscheinen mag. Demgemäß werden Treupflichten vielfach nur bei der kleinen, individualistischen Gesellschaft gebilligt. Die meist geäußerte Bereitschaft, im Rahmen der GmbH "grundsätzlich" Treupflichten anzuerkennen, bedeutet aber kaum einen Unterschied, weil man sich für den Einzelfall freie Hand vorbehält.¹⁾ Denn nicht bei allen Gesellschaften m.b.H. - so heißt es - sei der personenrechtliche Einschlag vorhanden, insbesondere gemeinsame Arbeit und enge persönliche Beziehungen. Auch auf die Einwirkungsmöglichkeit wird abgestellt.²⁾ Die schlichte Kapitalbeteiligung gilt als unzureichend.³⁾ Je mehr außerdem die Organisation der GmbH einer Personalgesellschaft angenähert ist, desto eher sollen Treupflichten bestehen. Hinter solchen Gesichtspunkten tritt die gerade in diesem Zusammenhang charakteristische Tendenz hervor, immer stärker auf die Umstände des einzelnen Falles abzustellen.

Bisweilen wird der so entwickelte eigenständige Ge-

1) Vgl. Hachenburg-Schilling, Allg. Einl. 4 und Anm. 27 zu § 14 GmbHG; Baumb.-Hueck, Anm. 2 B vor § 13 GmbHG; A. Hueck, Ges.R. S. 236; Staud.-Weber A 258 zu § 242 BGB; Erman II 7 zu § 242 BGB; Haupt-Reinhardt, Ges.R. S. 113; Schumann, HandelsR. S. 386; H. M. Schmidt GmbHG 60, 137 ff.; Wolany, Rechte u. Pflichten, S. 106; Knöpfel (Diss.) S. 85 ff., 123 ff. Kritisch J. v. Gierke ZHR 111, 198.

2) Fechner, Treubindungen, S. 70 ff., 75.

3) A. A. J. v. Gierke ZHR 111, 196 ff.

halt der Treupflichten durch weitere Unterscheidungen ausgebaut.

Es wird z. B. die Ansicht vertreten, daß die Treupflicht - jedenfalls des Aktionärs - kein aktives Handeln erfordere.¹⁾ Umgekehrt beschränken andere Treu und Glauben auf die Ausgestaltung der bestehenden Rechte und Pflichten. Dagegen verlange die Treupflicht aktives Handeln und schaffe positive Pflichten.²⁾

Diese und ähnliche Unterscheidungen sind vereinzelt geblieben. Allerdings werden Handlungspflichten aus dem Treuegedanken nur sehr vorsichtig entwickelt.³⁾ Grundsätzlich bildet aber nur die Wahrnehmung berechtigter Eigeninteressen durch die Gesellschafter eine Schranke für die Ausdehnung der Treupflichten.⁴⁾

3. Die Treupflicht wird nicht einhellig als Generalklausel für personenrechtliche Gemeinschaften verstanden. Einige andere Ansichten sollen wenigstens kurz gestreift werden. Dabei ist zu beachten, daß offene Gegensätze selten sind. Soweit man die Vorstellung einer allgemeinen Treupflicht überhaupt beibehält, wird der Ausgangspunkt " personenrechtliche Gemeinschaft " meist nicht verworfen, sondern nur durch andere Begriffe überlagert. Häufig werden nach

1) Düringer-Hachenburg, HGB III 1, Einl. Anm. 79; Dorpalen ZHR 102, 22 ff.; Lehmann, Ges.R. S. 182, 262/3; Hesse (Diss.) S. 26 - 28 u. a.
2) Schilling JZ 53, 489; Hachenburg-Schilling, Anm. 26/7 zu § 14 GmbHG.
3) Staud.-Weber A 246 ff., 257 - 259 zu § 242 BGB; Staud.-Geiler-Keßler Rn. 36 c vor §§ 705 ff. BGB.
4) H. M. Schmidt GmbHG 60, 140; jetzt wohl allg. M. Vgl. aber z. B. Dorpalen ZHR 102, 18 - 20.

eingehenden Untersuchungen die Akzente geringfügig verschoben. Solche mageren Ergebnisse sind bezeichnend und verstärken die Zweifel an der Fruchtbarkeit von Versuchen, eine einheitliche Treupflicht jenseits der besonderen Sachzusammenhänge zu entwickeln. Deshalb sollen weniger die Besonderheiten in Konstruktion und Ergebnis,¹⁾ vielmehr die kritischen Argumente

-
- 1) Einige wichtige Versuche zur Grundlegung der (gesellschaftlichen) Treupflicht seien hier an-gemerkt:
- a) Viele fassen die Treupflicht als wesentliches Element der auf besonderem Vertrauen beruhenden Rechtsbeziehungen auf. Vgl. Düringer-Hachenburg-Geiler, Kom. z. HGB II, 1. Hälfte, Rn. 8; Staud.-Geiler (10) Anm. 57 zu § 705 BGB; Staud.-Weber. A 230 ff. zu § 242 BGB; Weipert in RGRK-HGB, 31 zu § 105; Lehmann, Ges.R. S. 79, 108; Löhlein JR 50,497 ff. u. v. a. Der Vertrauensgedanke wird häufig zusätzlich herangezogen und mit dem Begriff " personenrechtliche Gemeinschaft " verknüpft. Vgl. auch Eichler, Vertrauen, S. 28 ff., 52 ff., 63 ff., der kritisch über die Vorstellungen einer gesellschaftlichen Treupflicht urteilt.
 - b) Begründung der Treupflicht aus den Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft, eine z. T. zeitbedingte Argumentation. Vgl. Siebert, Verwirkung, S. 14 ff., 25 ff., 33ff.; Bergmann ZHR 105,10; Klausling, Festschr. Schlegelberger, S. 405 ff., 435; Hesse (Diss.) S. 9 ff., 22 ff.; Fleischmann (Diss.) S. 32 ff.; Theis (Diss.) S. 124 ff. Vgl. z. B. auch Ritter, AktG, Vorb. 4.
 - c) Begründung der Treupflicht aus der sozialrechtlichen Einigung als Grundlage aller Gemeinschaften bei J. v. Gierke ZHR 111,192 ff., 199.
 - d) Ausgangspunkt für andere ist die Gesellschaftstheorie Wielands, Lehrb. I, § 34 (S. 389), §§ 40, 41; II. §§ 110,113, auf die sich vor allem eine Treupflicht des Aktionärs stützen läßt. Vgl. Heymann, Festschr. Wieland, S. 230, 239; Schlegelberger-Quassowski, 5 zu § 1 AktG u. a. Außerdem bzgl. der GmbH, aber nicht der AG: Ballerstedt, Kapital, S. 181 ff., (zur AG a.a.O. S. 153 ff.;) vgl. auch Lifschütz, Generalklausel. S. 37 f.
 - e) Das Unternehmen bildet die Grundlage bei Fechner, Treubindungen, S. 62 ff. Vgl. dazu Serick, Rechtsform, S. 177 Anm. 1; grundsätzlich Rittner, Unternehmen, S. 3 ff., 14 ff., zu Fechner besonders Anm. 44.

festgehalten werden.

Immer häufiger wird gesagt, der Begriff " personenrechtlich " sei durch ständigen Gebrauch verflacht und damit entwertet worden.¹⁾ Bemerkenswert ist, daß die Berechtigung dieser Kritik oft eingeräumt wird.²⁾

In dieselbe Richtung deutet die resignierende Feststellung von A. Hueck,³⁾ es sei unverkennbar nicht gelungen, den Begriff " personenrechtliche Gemeinschaft " klar zu fassen.

Das verbreitete Unbehagen, das in solchen Bemerkungen zum Ausdruck kommt, ist begründet. Es trifft zu, daß der Begriff " personenrechtlich " überlastet und mißbraucht worden ist. Damit hat er an Gehalt verloren.

Im Grunde besagt es wenig, wenn - wie es oft geschehen ist - irgendwie engere Beziehungen zwischen mehreren Beteiligten als personenrechtlich bezeichnet werden und " nicht so engen " dieses Attribut verweigert wird.⁴⁾ Mit der Ausuferung des Maßstabs " personenrechtlich " büßt eine allgemeine Treupflicht jegliche Konturen ein.

Diese Schwäche betonen auch jene Kritiker, die den Begriff Treupflicht, jedenfalls im Gesellschaftsrecht, für überflüssig oder sogar verfehlt halten.

1) So schon Fechner, Treubindungen, S. 52 ff., 56.

2) U. a. Schilling JZ 53,492; Hachenburg-Schilling. Anm. 27 zu § 14 GmbHG. Die Schuld wird dem Reichsgericht zugeschoben.

3) Recht der OHG S. 37.

4) Schönfeld, RG-Praxis II, S. 242 ff., 247 ff., erfaßt den Begriff " personenrechtlich " wesentlich genauer.

Die Nutzlosigkeit wird vor allen Dingen aus der Rechtspraxis abgeleitet, die - so meint man - ohne diese besondere Generalklausel zu denselben Ergebnissen gelangt wäre. Denn die vorhandenen Prinzipien, nämlich Treu und Glauben, Rechtsmißbrauch, gleichmäßige Behandlung der Gesellschafter und andere reichten aus, um sämtliche einschlägigen Fälle¹⁾ zu lösen. Außerdem wird auf den Weg der Analogie usw. hingewiesen.

Noch einen Schritt weiter geht die Verwerfung der Treupflicht als fehlerhaft und ungeeignet für gesellschaftsrechtliche Probleme.²⁾ Nach dieser Ansicht³⁾ erlaubt die Generalklausel Treupflicht schon begrifflich keine Präzisierung und Abgrenzung. Sie sei deshalb für das Recht nicht zuträglich. Im übrigen widerspreche eine wie immer geartete Treupflicht der Wirklichkeit in den Gesellschaften.⁴⁾

-
- 1) Raiser ZgStW 103,176 und ZHR 111,84; Eichler, Vertrauen, S. 30 f. und S. 61 Anm. 47. Auch Vogel, Kom. z. GmbHG, verzichtet, soweit ersichtlich, auf den Begriff Treupflicht. Ebenso Scholz im Kom. z. GmbHG (4), anders aber in Dt.R. 42,1668 und Ausschließung (3), S. 22,52.
 - 2) Staub-Pinner (14), II, 31 b zu § 252 HGB; Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 311 ff. und AcP 154, 329; Küster, Inhalt u. Grenzen S. 58 ff., 65 ff. Gegen letzteren Hubmann ZHR 119,136/7.
 - 3) Es handelt sich nicht um eine geschlossene Meinung, nur die kritischen Argumente ähneln einander. Küster a.a.O. S. 89, will die Ausübung der Mitwirkungsbefugnisse an der objektiven Eignung zur Förderung des Gesellschaftszwecks messen. Nach Müller-Erzbach a.a.O. begründet die Interessengemeinschaft aus sich heraus Verpflichtungen.
 - 4) Von den meisten wird mit dem kritischen Rückgriff auf die Wirklichkeit nur die Treupflicht des Aktionärs in Frage gestellt. Vgl. die S. 30, Anm. 3 Genannten.

III. Aufbau der Arbeit.

Der bewußt kurzgefaßte Überblick hat gezeigt, daß die Basis nicht so gefestigt ist, wie es auf den ersten Anschein wirken mag. Damit wird nicht behauptet, daß die bisherigen Lösungsversuche fehlgeschlagen sind. Es kann aber auch nicht ohne weiteres von einem gesicherten Rechtsbegriff "Treupflicht" ausgegangen werden.

1. Jedoch soll nicht versucht werden, den vielfältigen Definitionen und Abgrenzungen weitere hinzuzufügen. Der Rahmen ist bewußt enger gezogen. Das Hauptziel ist die Untersuchung der den Treupflichten zugeordneten höchst-richterlichen Rechtsprechung. Es wird sich zeigen, ob die Ergebnisse Folgerungen für das dogmatische Verständnis ermöglichen. Dieser Weg einer vergleichenden Fallanalyse empfiehlt sich aus mehreren Gründen. Sie ist zunächst als Gegensatz zu den bisherigen Erörterungen gedacht, die durchweg deduktiv aufgebaut sind, nämlich von der allgemeinen Treupflicht fortschreitend zu den besonderen Einzelpflichten. So gesehen, stellt der Versuch, von der gerichtlichen Praxis auszugehen, die Umkehrung und Probe dar. Dieser Aufbau wird auch durch die ständig betonte wichtige Rolle der Rechtsprechung bei Entwicklung und Ausgestaltung der Treupflichten begründet. Denn das deduktive Verfahren läßt die Praxis beinahe zwangsläufig in den Hintergrund treten.¹⁾ Schließlich kann der im folgenden eingeschla-

1) Beispiele: Fechner, Treubindungen; Bergmann ZHR 105, 1 ff.; Hesse (Diss.); Hubmann (Diss.); Knöpfel (Diss.); Petersen (Diss.) S. 77 ff.; u.ä.m.

gene Weg methodisch gerechtfertigt werden. Die geordnete Zusammenstellung der Rechtsprechung bietet die Grundlage, um das Material der Praxis auf die Wiederkehr typischer Tatbestände zu überprüfen. Diese Einstufung kann dazu dienen, vom Fallproblem zur Regelbildung fortzuschreiten. So erweist sich die Untersuchung der Rechtsprechung zugleich als geeignetes Mittel zu vertieften dogmatischen Erkenntnissen.¹⁾ Die Analyse wird zeigen, ob die Vorstellung einheitlich erklärbarer Treupflichten nicht überhaupt irreführt, weil sich die einschlägigen Fragen nur aus den besonderen Sachzusammenhängen beantworten lassen.²⁾

2. Zwei Wege sind möglich, um die Erörterung der gesellschaftlichen Treupflicht zu begrenzen. Man kann horizontal vorgehen und eine wesentliche Einzelpflicht umfassend behandeln oder vertikal eine Gesellschaftsform herausgreifen. Die erste Methode ist zu speziell, um die anstehenden Fragen wesentlich zu fördern: Bei mehreren Einzelpflichten muß die Auswahl willkürlich erscheinen. Die vertikale Gliederung ist vorzuziehen. Im Aktien- und GmbH-Recht ist die Rechtsprechung, die sich der Treupflicht bedient, nicht so zahlreich, wie oft angenommen wird. Um die Materialbasis möglichst breit zu gestalten, werden beide Gesellschaftsformen zusammengefaßt. Das ist auch deshalb zweckmäßig, um hinreichend sichere und vielleicht sogar über den Rahmen des Themas hinaus verwertbare Ergebnisse zu erzielen.

1) Vgl. besonders Esser, Grundsatz und Norm, fortlfd.
2) So Bydlinski zum "allgemeinen Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht". Vgl. Gutachten, bes. S. 42. Zust. Rittner FamRZ 62, 287.

B. Hauptteil.

Rechtsprechung und Treupflicht.

Die einschlägige Praxis läßt sich auf verschiedene Weise analysieren. Es liegt nahe, zwischen Rechten und Pflichten zu unterscheiden, die aus dem Treuegedanken abgeleitet werden. Diese Ordnung empfiehlt sich aber vom Thema her nicht. Geschlossene Komplexe würden sachlich und räumlich auseinandergerissen. Es führt auch nicht weiter, nach Handlungen und Unterlassungen zu gliedern. Vielfach ist es gerade umstritten, ob nur eine Unterlassungspflicht besteht oder aktives Handeln verlangt werden kann. Dann ist es unzweckmäßig, die Argumentation zu spalten. Außerdem würden Wiederholungen unvermeidlich.¹⁾ Je weiter im übrigen solche Gruppierungen getrieben werden, desto schwieriger ist bei der stetigen Verkleinerung des Materials die Linie der Rechtsprechung zu erkennen.

In Abkehr von diesen und ähnlichen Wegen wird hier nach Zeitabschnitten eingeteilt. Ist die Treupflicht eine rechtsethische Generalklausel, so muß ihre Anwendung in der Zeit besonders interessieren. Man

1) Gegen diese Unterscheidung in bezug auf Treupflichten auch H.-M. Schmidt GmbHR 60, 138 (IV).

darf vermuten, daß die Änderung der politischen und sozialen Verhältnisse sich in der Praxis zu den Treupflichten sichtbar ausprägt.^{1) 2)} Gerade die Entwicklung der Rechtsprechung ist für das Thema bedeutsam. Das rechtfertigt eine historische Aufgliederung, nämlich in die drei Zeitabschnitte bis 1933, von 1933 - 1945 und seit 1945.

1. Abschnitt.

Die Rechtsprechung bis 1933.

Legt man zunächst einen quantitativen Maßstab an die Entscheidungen, die zu den Treupflichten genannt werden, so stehen Fragen der Stimmrechtsausübung im Mittelpunkt. Die übrigen Mitwirkungsbefugnisse treten ebenso zurück wie besondere Pflichten, etwa zur Geheimhaltung oder Unterlassung von Wettbewerb. Die Abstimmungsfälle sind aber in ihrer tatsächlichen Gestaltung durchaus verschieden gelagert. Maßgebend ist der Gegenstand der Beschlußfassung. Für diese erste Phase der Rechtsprechung lassen sich zwei große Gruppen bilden. Sie betreffen Gesellschafter als Geschäftsführer und Kapitalveränderungen. Hinzu kommen einige Sonderfälle.³⁾

1) C. Schmitt, Dt.R. 1933, 201/2. spricht das klar aus, vor allem in den Leitsätzen 3 und 4.

2) Vgl. Larenz, Geschäftsgr. (3), z. B. S. 81, 109 ff.

3) Diese Aufteilung soll nur der Übersichtlichkeit dienen.

I. Geschäftsführung.

Es handelt sich vor allen Dingen um die Frage, ob ein Gesellschafter sich selbst zum Verwaltungsträger¹⁾ wählen darf oder seiner Abberufung mit eigenen Stimmen entgegentreten kann.

Das ADHGB enthielt ursprünglich keine Vorschriften über die Ausschließung interessierter Gesellschafter.²⁾ Stimmverbote sollten den Statuter überlassen bleiben. Im übrigen war niemand gehindert, in eigener Sache und zu seinem privaten Vorteil abzustimmen.³⁾ Erst 1884 wurden durch Art. 190 III, (Art. 221 II) ADHGB gesetzliche Stimmverbote eingeführt. Die aufgezählten Fälle erschienen als fest umrissene Ausnahmen von der Regel, daß jede Aktie das Stimmrecht gewährt.⁴⁾ Entsprechendes galt für die dem ADHGB nachgebildeten §§ 252 III HGB, 47 IV GmbHG.⁵⁾ Diese Entwicklung verdeutlicht, warum die Rechtsprechung eine Ausdehnung der Stimmverbote zunächst strikt ablehnte. Grundlegend war ein Urteil aus dem

-
- 1) Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Nach dem Aktiengesetz von 1937 wählte die Hauptversammlung nur den Aufsichtsrat, § 87 I 1, der seinerseits den Vorstand bestellte, § 75 I 1. Anders das Aktienrecht des HGB: § 182. Vgl. Staub-Pinner, Anm. 23 zu § 182 HGB. Das neue Aktiengesetz behält im wesentlichen die Regelung von 1937 bei. §§ 84, 101, 119.
 - 2) Vgl. Fischer, Ehr. Hdb. III 1, S. 185 ff.; Hachenburg LZ 07,462.
 - 3) So z. B. Primker in Erd. Hdb. d. HR. I. S. 564.
 - 4) Vgl. Art. 190 I 1, V; 221 II ADEGB; Staub (3/4) Anm. 1 zu Art. 190 ADEGB.
 - 5) Die Alternative " Einleitung oder Erledigung des Rechtstreits " enthielt das ADEGB nicht. Vgl. dazu Hachenburg LZ 07,462 Anm. 10.

Jahre 1905.¹⁾ Das Reichsgericht billigte die Stimmabgabe eines Aktionärs, der sich selbst in den Aufsichtsrat gewählt hatte. Die Begründung stellte auf den Sinn des § 252 III HGB ab, nämlich eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen zu verhindern. Es komme darauf an, ob der private Nutzen des Aktionärs mit dem Wohl der Gesellschaft kollidiere. Dies werde - so heißt es weiter - zwar meistens für Rechtsgeschäfte²⁾ anzunehmen sein, bei denen ein Aktionär der Gesellschaft als Dritter gegenübertrete, dagegen regelmäßig nicht, wenn er nur die ihm nach der Satzung zustehenden Mitverwaltungsrechte ausübe. Die Wahl des Aufsichtsrates betreffe die innere Ordnung. Ein Stimmverbot des zur Wahl stehenden Aktionärs werde die Gesellschaft eher schädigen als fördern und verkehre § 252 III HGB in sein Gegenteil. Die Rechtsprechung des 1. Senates übertrug der 2. Zivilsenat des Reichsgerichts auf das GmbH-Recht. Er bestätigte das Stimmrecht für einen GmbH-Gesellschafter, der als Geschäftsführer kandidierte.³⁾ Die Entscheidung hob zusätzlich hervor, daß es besonders bei kleinen Gesellschaften interessegemäß sei, wenn ein Mitglied die Geschäftsführung übernehme. Bis zu diesen Urteilen waren die Meinungen durchaus ge-

1) RGZ 60, 172 - 174, (I. ZS.) Vgl. aus der älteren Rechtsprechung: RGZ 4, 296 ff., 304. (1881, V. ZS.); RGZ 49, 141 ff., 146, (I. ZS.)

2) Vgl. die unterschiedliche Fassung von § 252 III HGB und § 114 V AktG (1937). Dazu W. Schmidt in Großkom. z. AktG. Anm. 37 zu § 114.

3) RGZ 74, 276 ff., (II. ZS.)

spalten.¹⁾ Aber die Ansicht des Reichsgerichts setzte sich durch.²⁾ Auch Hachenburg billigte die enge Auslegung der Stimmverbote.³⁾ Jedoch bildete er zahlreiche Beispiele, die zeigen sollten, wie das Wohl der Gesellschaft mit dem privaten Nutzen kollidieren könne, sobald Gesellschafter - wie bei ihrer Wahl - in eigener Sache handelten. Er nahm nun an, der Gesetzgeber habe in den §§ 47 IV GmbHG, 252 III HGB nur einige Sonderfälle geregelt.⁴⁾ Mangels einer allgemeinen Vorschrift greife das BGB ergänzend ein. Die eingangs skizzierte Entwicklung zeigte jedoch, daß es sich nicht um eine unvollständige Regelung handelte. Vielmehr sollten weitere Stimmverbote den Statuten vorbehalten bleiben. Hachenburg schlug im Ergebnis vor, einen Stimmschluß - und das war ein neuer Gedanke - aus Treu und Glauben abzuleiten. Dabei stützte er sich auf § 157 BGB, nicht auf § 242 BGB.⁵⁾ Einen Verstoß gegen Treu und Glauben wollte er insbesondere dann annehmen, wenn ein Gesellschafter sein Stimmrecht mißbrauche, um die Gesellschaft lahmzulegen oder um sich auf ihre Kosten Vorteile zu verschaffen.⁶⁾ Das sei nach den jeweiligen Umständen

1) Vgl. die Zusammenstellung RGZ 60, 174.

2) Vgl. Staub-Pinner, Anm. 26 zu § 252 HGB; Scholz Rn. 19 zu § 47 GmbHG; kritisch Brodmann AktR. 5 c zu § 252 HGB; auch A. Hueck, RG-Praxis IV, 168/9.

3) LZ 07, 460 ff., 462 - 465 (II).

4) A. a. O. Sp. 465 - 467.

5) Dieser Ausgangspunkt hat den Erfolg seiner Ansicht beeinträchtigt: Feine, Ehr. Hdb. III 3, Sp. 530; Ritter JW 34, 3028.

6) A. a. O. Sp. 466.

zu entscheiden.¹⁾

Mit dem Hinweis auf den Einzelfall werden die tiefgreifenden Konsequenzen für die Praxis nur angedeutet. Die Rechtsprechung hätte ihre Argumentation völlig umstellen müssen. In den bisher genannten Urteilen stand das Gesetz im Mittelpunkt. Der Wortlaut wurde nach Sinn und Zweck ausgelegt, allgemeine Prinzipien und besondere Umstände spielten keine wesentliche Rolle.²⁾

Es ist verständlich, daß die Praxis zunächst wenig Neigung zeigte, Stimmverbote auf Treu und Glauben zu stützen. Das OLG Frankfurt setzte sich 1909 erstmals mit den Thesen Hachenburgs auseinander.³⁾ Es bestätigte das Stimmrecht des Gesellschafters für die Beschlußfassung über seine Abberufung als Geschäftsführer. Das Gericht betonte die erschöpfende Aufzählung in § 47 IV GmbHG. Weitere Einschränkungen seien unzulässig, da sie das nach § 47 II GmbHG jedem Gesellschafter gewährte Recht beeinträchtigten. Ein Rückgriff auf Treu und Glauben führe zu erheblichen Unzuträglichkeiten, besonders für den meistbeteiligten Gesellschafter. In Grenzfällen genüge die Auflösung aus wichtigem Grund. Mit aller Deutlichkeit wurde herausgestellt, daß ein

1) A.a.O. Sp. 467/8, 471. Unterschiedliche Ergebnisse seien immer unvermeidlich, wenn es auf das Rechtsempfinden ankomme.

2) RGZ 60, 172 ff.; 74, 276 ff.

3) OLG Rspr. 22, 17/8.

Gesellschafter jenseits der durch § 47 IV GmbHG gezogenen Grenze " völlig nach seinem Ermessen " abstimmen dürfe. Die einzige Schranke bilde § 134 BGB. Dagegen wurde § 138 BGB, auf den die Gerichte später zurückgreifen sollten, nicht erwähnt.

Das Reichsgericht nahm in den folgenden Jahren weitgehend die Argumente des OLG Frankfurt auf, insbesondere der Hinweis auf die praktischen Folgen kehrte immer wieder.

So wurde zugelassen, daß ein Aktionär seiner Abberufung mit eigenen Stimmen entgegenwirkte.¹⁾ Mißhelligkeiten seien in Kauf zu nehmen. Die Grenze liege erst bei § 226 BGB. Der Rückgriff auf Treu und Glauben führe zu den größten Unsicherheiten.²⁾ Drei Jahre später wurden diese Grundsätze, auch der Hinweis auf § 226 BGB, ausdrücklich bestätigt.³⁾

Das Reichsgericht duldete selbst dann keine Abschwächung der Argumentation, wenn mit der Wahl die Bezüge festgesetzt wurden.⁴⁾ Die Stimmabgabe wurde mehrfach gebilligt, auch für die Änderung der Ge=

1) RGZ 81,37 ff. = JW 13,210 f. (II. ZS.) Bedenken noch bei RGZ 75,234 ff., 236/7 (I. ZS.)

2) Immerhin setzte das Reichsgericht hinzu - a.a.O. S. 40 - daß anders als in dem Falle RGZ 75,234 ff. von einem Mißbrauch hier überhaupt nicht gesprochen werden könne.

3) Bsp. RGZ JW 15,195/6.

4) RGZ 74,276 ff., 279/280, (II. ZS.) für den Geschäftsführer einer GmbH. Ebenso schon Hachenburg LZ 07,468.

hälter.¹⁾ Die Äusserung einer Berufungsinstanz, nach den besonderen Umständen des Falles liege auch kein Mißbrauch vor, wies das Reichsgericht zurück.²⁾ Es betonte, darauf komme es nicht an. § 47 IV GmbHG sei erschöpfend und dürfe nicht durch einen allgemeinen Satz über den Stimmrechtsmißbrauch ausgedehnt werden.

Ein erster Einbruch in diese gefestigte Rechtsprechung erfolgte durch eine Entscheidung, in der das Reichsgericht eine Vereinbarung der Mehrheitsgesellschafter über ihre eigenen Geschäftsführerbezüge als sittenwidrig ansah.³⁾ Die Parteien hatten anlässlich ihres Erwerbes von je 5/12 des Stammkapitals einer GmbH vereinbart, in der Gesellschafterversammlung bestimmte Beschlüsse zu ihren Gunsten herbeizuführen. Der Kläger, einer der Kontrahenten, berief sich auf die Sittenwidrigkeit dieses Vertrages. Das Reichsgericht gab, ebenso wie die Vorinstanzen, der Klage statt. Es stützte seine Entscheidung vor allen Dingen auf die übermäßige Höhe der Bezüge, die die Parteien für sich als Geschäftsführer festgesetzt hatten. Der mit 2/12 beteiligte dritte Gesellschafter Sch. habe bisher das Geschäft allein geleitet, aber sogar für das außergewöhnlich

1) RG Warn.Rspr. 1911, Nr. 156 - II. ZS.-; RG LZ 17, 394, Nr. 17 - II. ZS.-; RG JW 19,313/4 - II. ZS.- mit Anm. Hachenburg. Vgl. auch Hachenburg-Schmidt Anm. 22 zu § 47 GmbHG; Scholz Rn. 19 zu § 47 GmbHG

2) JW 19,314. A.M. Hachenburg in seiner Anmerkung.

3) RG JW 16,575 (Nr. 3), II. ZS.

günstige Jahr 1912 nur 14 500.- M Gehalt und Tantieme bezogen. Nunmehr hätten die Vertragspartner für ihre Geschäftsführertätigkeit insgesamt 40 000.- M vereinbart. Das entspreche jedenfalls nicht ihren Leistungen und belaste selbst bei einem Reingewinn von 80 000.- M die Gesellschaft außerordentlich. Wenn auch eine Schädigung der GmbH nicht beabsichtigt sei, so handele es sich doch um eine bewußte Beeinträchtigung des dritten Gesellschafters Sch. Dessen Dividendenrecht werde bewußt erheblich geschmälert. Diese Ausbeutung der Minderheit verstoße gegen die guten Sitten. Das Unsittliche liege schon darin, daß Sch. durch fortgesetzten Abbau seiner Anlage aus der Gesellschaft herausgedrängt werden solle. Auch durch die weitere Klausel, nach der den Vertragsparteien namens der Gesellschaft Darlehen zum Zwecke der laufenden Zahlung auf den Kaufpreis für die Anteile zur Verfügung gestellt werden sollten, würden die Interessen von Sch. vollständig mißachtet, denn er sei von dem Empfang ausgeschlossen. In dieser Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes sei ein Verstoß gegen den Anstand aller billig und gerecht Denkenden zu erblicken.

Pinner wies in seiner Anmerkung darauf hin.¹⁾ daß diese Entscheidung vom bisherigen Wege abweiche. Er begrüßte das vom Standpunkt des Minderheitenschutzes.

1) JW 16,575.

Das Reichsgericht selbst sah sich im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung. Richtig ist, daß es sich hier erstmalig um einen Fall handelte, in dem durch die Höhe der Bezüge derjenige Gesellschafter, der nicht Geschäftsführer war, vom Gewinn praktisch ausgeschlossen wurde. Außerdem ist zu beachten, daß es sich in diesem Beispiel nicht wie in den vorherigen um die Beurteilung der Abstimmung selbst handelte, sondern um die Rechtmäßigkeit einer Vereinbarung über den Gebrauch des Stimmrechts.¹⁾ Deshalb war das Reichsgericht nicht direkt mit seiner Rechtsprechung zu § 47 IV GmbHG, § 252 III HGB konfrontiert²⁾ und konnte sie fortsetzen. Spätere Urteile argumentierten wieder ganz auf der überkommenen Linie.³⁾ Zwar entwickelte das Reichsgericht, wie die beiden folgenden Fälle zeigen, bewußt neue Lösungen, stellte aber die Kontinuität der Rechtsprechung nicht in Frage. Ausgangspunkt war die Annahme besonders gelagerter Sachverhalte.

Im ersten Beispiel⁴⁾ prüfte das Reichsgericht, ob der Alleingesellschafter, der sich gegenüber dem Geschäftsführer schuldrechtlich verpflichtet hatte, in

1) Vgl. etwa Hachenburg-Schmidt, Anm. 29 zu § 47 GmbHG; Scholz Rn. 7 zu § 47 GmbHG.

2) Vgl. aber A. Hueck, RG-Praxis IV, S. 178, Anm. 30.

3) Bsp. RGZ 119,386 ff., II. ZS. Ausdrücklich wird auf RGZ 81,37 ff., II. ZS. Bezug genommen.

4) RGZ 124,371 ff., II. ZS.

der Gesellschafterversammlung gemäß dessen Ansicht zu stimmen, die Verpflichtung auch dann erfüllen müsse, wenn ein wichtiger Grund zur Abberufung dieses Geschäftsführers vorliege. Zum Schluß der Begründung¹⁾ hieß es nun, keinesfalls habe der klagende Geschäftsführer, wenn er noch Gesellschafter gewesen wäre, durch eigene Stimmen seine Abberufung aus wichtigem Grunde verhindern können. Ein Mißbrauch des Stimmrechts dürfe nicht gestattet werden. Bisher hatte das Reichsgericht eine solche Ansicht stets verworfen.²⁾ Allerdings wird diese Erwägung eher beiläufig eingeführt und trägt die Entscheidung nicht.³⁾

Die Annahme eines Stimmverbotes wurde später bestätigt.⁴⁾ Jedoch änderte sich die Begründung. Das Reichsgericht legte zunächst dar, daß keine Abberufung aus wichtigem Grund in Frage gestanden habe, soweit das Stimmrecht bisher bejaht worden sei. Für diesen besonderen Fall sei aus § 38 II GmbHG ein selbständiges Stimmverbot abzuleiten.⁵⁾ Die in der Vorentscheidung geäußerte Ansicht, die Ausübung des Stimmrechts könne rechtsmißbräuchlich sein, wurde nunmehr nachdrücklich abgelehnt; ebenso wurden ein Verstoß gegen Treu und Glauben sowie Unverein-

1) RG a.a.O. S. 380.

2) RG a.a.O.: Keine Zitate aus der Rechtsprechung.

3) Larenz veranschaulicht an der Rechtsprechung zum Kalkulationsirrtum, wie Randbemerkungen bedeutsam werden können. Geschäftsgrundlage (3), S. 28 ff.

4) RGZ 138, 98 ff., II. ZS. (1932)

5) RG a.a.O. S. 104.

barkeit mit der Verkehrssitte ausgeschlossen. Vielmehr habe das GmbH-Gesetz in § 38 II einen Sondertatbestand geschaffen. ¹⁾ Wichtig ist die Wiederaufnahme und Betonung der Vorbehalte gegen ein aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitetes Stimmverbot.

Damit ist die Rechtsprechung der ersten Periode zu Fragen der Geschäftsführung abgeschlossen. Wörtlich fällt der Begriff " Treupflicht " in keiner Entscheidung. Einige der zuletzt dargestellten Beispiele ²⁾ zeigen gewisse Ansätze, indem sie mit dem Gleichbehandlungsgebot, der Sittenwidrigkeit und dem Gedanken eines Stimmrechtsmißbrauchs operieren. Hier deutet sich eine vorsichtige Ergänzung der gesetzlichen Regelung an, die jedoch noch nicht zum Durchbruch kommt. Immerhin könnte in diesem Rahmen auch von einer gesellschaftlichen Treupflicht die Rede sein. Dieser Begriff ist jedenfalls entbehrlich, solange sich die Rechtsprechung streng an bestimmte gesetzliche Vorschriften halten kann. Es erhellt, daß die benannten Stimmverbote der §§ 252 III HGB, 47 IV GmbHG erhebliche Schranken bildeten, die für die Praxis nicht leicht zu überwinden waren. Das führt zu der Frage, wie sich die Rechtsprechung in anderen Sachgebieten verhalten hat, in denen entsprechende Hindernisse nicht bestanden.

1) Zustimmend Scholz, Rn. 17 zu § 38 GmbHG.

2) RG JW 16,575 (Nr. 3), II. ZS.; RGZ 124,371 ff., 380, II. ZS.

II. Kapitalveränderungen.

Mit der Wirksamkeit von Kapitalveränderungen mußte sich die Praxis in diesem ersten Zeitabschnitt oft befassen. Den Hintergrund bildeten häufig die Kämpfe rivalisierender Gruppen um die Macht in der Gesellschaft. Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung erschienen als geeignete Wege, den Konkurrenten auszuschalten. Das galt umso mehr, als das HGB bis zur Notverordnung vom 19. 9. 1931 derartigen Bestrebungen kaum nennenswerte Hindernisse entgegenstellte.¹⁾

1. Grundlegend ist der berühmte Hibernia-Fall.²⁾

Die Generalversammlung der Bergwerks-AG Hibernia faßte 1906 gegen eine starke Minderheit den Beschluß, das Grundkapital durch Ausgabe von auf den Inhaber lautenden Vorzugsaktien zu erhöhen. Diese Aktien wurden mit erheblichen Vorrechten ausgestattet. Die Ausgabe sollte unter Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechtes der Aktionäre erfolgen. Der Parikurs wurde als untere Grenze festgesetzt. Gegen den Beschluß stimmten die Vertreter des Fiskus, dessen Angebot auf Übernahme der Aktien zu einem Kurs von 117 - 120 % mit der Verpflichtung, sie den Aktionären nach dem Verhältnis ihrer Aktien zu gleichen Teilen anzubieten, die Generalver=

1) § 226 I a.F. HGB: Die AG soll. eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetrieb ... weder erwerben noch zum Pfand nehmen. Vgl. § 71 AktG. vorher § 65 AktG. § 262 I HGB: Jedem Aktionär muß auf sein Verlangen ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Teil der neuen Aktien zugeteilt werden, soweit nicht in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ein anderes bestimmt ist. Vgl. § 186 AktG, vorher § 153 AktG (1937).

2) RGZ 68,235 ff., I. ZS.

sammlung abgelehnt hatte. Der Fiskus erhob Anfechtungsklage. Er unterlag in allen Instanzen.

Das Reichsgericht erklärte zunächst die Ausgabe von Vorzugsaktien dieser Art für zulässig.¹⁾ Im Hauptteil setzte es sich mit den Vorwürfen auseinander, die Beschlüsse verstießen gegen den Geist des Aktienrechtes und gegen die guten Sitten.²⁾ Es stellte klar heraus, daß ein Bezugsrecht nach § 282 I HGB nur bestehe, soweit der Beschluß über die Kapitalerhöhung nichts anderes bestimme. Wenn nicht besondere Minderheitsrechte eingriffen, seien auch solche Mehrheitsbeschlüsse maßgebend, die der Minderheit verkehrt und wirtschaftlich nachteilig erschienen. Denn im Gesetz komme deutlich zum Ausdruck, daß die Mehrheit bestimme, was im Interesse der Gesellschaft liege. Zwar lasse sich nicht verkennen, daß die Ansichten über die förderlichen Maßnahmen umso stärker geteilt seien, je weiter die Interessen auseinanderfielen. Aber das Ziel der Mehrheit, sich die Nutzungen eines seit vielen Jahren gut verdienenden Unternehmens zu erhalten, sei sittlich ebenso gerechtfertigt wie das staatliche Bestreben, den großen Bergwerksbetrieb zu erwerben. Auch im Hinblick auf das staatliche Angebot habe die Mehrheit volle Freiheit besessen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liege selbst dann nicht vor, wenn die Mehrheit die Aktien teilweise teuer verkaufen, aber sich durch den Erwerb der billigen Vorzugsaktien dennoch die Stimmen=

1) Weiter wurde das Stimmrecht der Aufsichtsratsmitglieder mit den bekannten Gründen bestätigt:
§ 252 III HGB sei eine Ausnahmenvorschrift usw.

2) RG a.a.O. S. 243 ff.

majorität erhalten wolle.

Das Urteil löste alsbald heftigen Widerspruch aus.¹⁾ Obwohl das Ergebnis im konkreten Fall meist Zustimmung fand,²⁾ sah man in dieser Entscheidung den Kontrapunkt zur späteren Rechtsprechung.³⁾ Die Begründung wurde als Manifestation einer fast schrankenlosen Mehrheits=herrschaft angegriffen. Die Rechtsprechung ließ sich jedoch durch diese Kritik zunächst nicht beeindrucken. Als besonders krasses Beispiel soll hier nur ein Urteil des OLG Düsseldorf erwähnt werden.⁴⁾

Die Generalversammlung einer AG, deren 4500 Aktien bis auf einen Rest von 9 Stück dem Mehrheitsgesellschafter gehörten, beschloß eine Kapitalherabsetzung. Jeweils 45 alte sollten 44 neuen Aktien entsprechen. Da der Minderheitsaktionär weniger als 45 Aktien besaß, konnte er diese Umwandlung nicht mitmachen. Es kam zur Kraftloserklärung und Versteigerung,⁵⁾ in der auch diese 9 Aktien vom Mehrheitsbesitzer erworben wurden. Das OLG verkannte nicht, daß der Kleinaktionär durch die Kapitalherabsetzung aus der Gesellschaft vertrieben werden sollte, bestätigte jedoch die Rechtmäßigkeit des Beschlusses. Denn - so heißt es - die im wirtschaftlichen Interesse des Großaktionärs liegende

1) Staub-Pinner (12/13) 9 a zu § 250 HGB mit Zitaten.

2) Vgl. Brodmann AktR. 5 b zu § 252 HGB; A. Hueck, RG-Praxis IV, 177.

3) A. Hueck a.a.O. S. 176 f.; Düringer-Hachenburg, HGB III 1, Einl. Anm. 79; Fechner, Treubindungen, S. 97.

4) LZ 14, 273 ff. Dazu z. B. Ritter JW 34, 3026.

5) Vgl. § 290 HGB.

Maßnahme sei nicht deshalb sittenwidrig, weil sie zur Schädigung des anderen Gesellschafters führe. Das Reichsgericht wies die Revision zurück.¹⁾

2. Auch nach dem 1. Weltkrieg behielt die Rechtsprechung diese Linie zunächst bei.²⁾ Immerhin wurde nunmehr hinzugefügt, daß besondere Umstände, die zu Bedenken gegen die Kapitalerhöhung Anlaß geben könnten, nicht ersichtlich seien.³⁾ Das deutete bereits eine Korrektur an, wenn sie auch nur erwogen und noch nicht durchgeführt wurde.

In der folgenden Entscheidung ging das Reichsgericht dann einen wesentlichen Schritt weiter.⁴⁾ Durch den angefochtenen Beschluß sollte das bisher aus 1000000 M Stammaktien und 262000 M Vorzugsaktien bestehende Grundkapital um 1000000 M erhöht werden und zwar durch Ausgabe von 1000 auf den Inhaber lautenden Stammaktien zum Parikurse unter Ausschluß des Bezugsrechtes der Aktionäre. Das bedeute, so führte das Reichsgericht aus, praktisch eine Verdopplung des Grundkapitals. Der Beschluß habe das Dividendenrecht der alten Stammaktionäre um 50 % geschmälert. Der Gesellschaft selbst sei bei einem Kurse von 330 % der bei Ausgabe über pari zu erzielende Agiogewinn entzogen worden. Das Reichsgericht hob hervor, daß ein dringender Geldbedarf für die Gesellschaft nicht bestanden habe, da auf die neuen Aktien vorläufig nur 25 % eingezahlt werden sollten.

1) Vgl. LZ 14,275 unten.

2) RGZ 105,373 ff., II. ZS.; 107,67 ff., II. ZS.

3) RGZ 105,376; 107,71.

4) RGZ 107,72 ff., II. ZS.

Das Berufungsgericht hatte sich auf den Hiberniafall bezogen und einen Sittenverstoß verneint. Das Reichsgericht ließ das nicht gelten. Bemerkenswert ist, daß die Tragweite des Beschlusses betont wird.¹⁾ Noch wenige Monate vorher war der Aufstockung - von 15 000 000 M auf 24 000 000 M nicht wesentlich geringer als jetzt - keine Bedeutung beigemessen worden.²⁾ Nunmehr prüft das Reichsgericht sogar, ob derartige, die Minderheit erheblich beeinträchtigende Maßnahmen erforderlich seien, d. h. ob sich der erstrebte Zweck, nämlich die Abwehr angeblicher Monopolbestrebungen der Klägerin, nicht auf andere Weise erreichen lasse.³⁾ Schon der Inhalt des Beschlusses erwecke den Verdacht, daß die Mehrheit die Kapitalerhöhung nicht nur als Abwehrmaßnahme herbeigeführt habe, sondern mindestens auch aus eigensüchtigen Motiven, unter Vernachlässigung des Wohles der AG.⁴⁾ Das Reichsgericht spricht nicht aus, daß es eine Änderung vollzogen habe. Im Gegenteil, spätere Entscheidungen betonen die durchgängige Kontinuität der Rechtsprechung. Zwar mögen die einzelnen Gesichtspunkte schon in älteren Urteilen aufgetreten sein, dann aber nur am Rande. Selbst in so krassen Beispielen wie dem Hibernia-Fall oder der Ka-

1) RG a.a.O. S. 75.

2) RGZ 105,373 ff., ebenfalls II. ZS.

3) RGZ 107,74/5.

4) Im Hibernia-Fall wurde ausgeführt und später ständig wiederholt, daß die Mehrheit bestimme, was im Interesse der Gesellschaft liege. RGZ 68,246.

pitalherabsetzung 45 : 44 wird der Vorwurf des Sittenverstoßes nur pauschal und abschlägig erwähnt. Zumindest die Prüfung der Erforderlichkeit ist für den Bereich der Kapitalveränderungen neu. In anderen Zusammenhängen hatte das Reichsgericht diesen Maßstab bereits früher verwendet.¹⁾ Die weiteren Einzelheiten können dahinstehen. Jedenfalls hatte sich nicht nur der Akzent der Begründung wesentlich verschoben. Auch in der Sache hatte die Rechtsprechung unter Berufung auf die Sittenwidrigkeit der Beschlüsse Ergänzungen der gesetzlichen Regelung vorgenommen. Kapitalveränderungen hingen nunmehr von Voraussetzungen ab, die der Gesetzgeber nicht aufgestellt hatte. Die Bedeutung dieser Entwicklung für die Praxis kennzeichnete A. Hueck wenige Jahre später mit den Worten: " Es ist fast zur Regel geworden, daß in all den Kämpfen um die Gültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen als letzter Trumpf die Nichtigkeit des Beschlusses wegen Sittenwidrigkeit ausgespielt wird."²⁾ Bis dahin verlief die Rechtsprechung nicht immer geradlinig, aber die Richtung war festgelegt. Die gesetzliche Regelung wurde fortschreitend und in immer differenzierterer Weise ergänzt, mochten auch die Elemente der Begründung ständig wechseln. So spricht etwa das sogenannte Neustaßfurt-Urteil von einem Verstoß gegen das Gebot einer

1) Vgl. z. B. RGZ 80, 385 ff., II. ZS.; RG LZ 16, 1100 (Nr. 11), II. ZS.

2) RG-Praxis IV, S. 168.

billigen und gerechten Behandlung der Aktionäre.¹⁾ Es handelte sich wieder um die Erhöhung des Grundkapitals unter Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechtes. Die heftige Kritik, die seinerzeit im Schrifttum an dieser Entscheidung geübt wurde, war gegen die Ausführungen über die wirtschaftliche Identität der beteiligten Gesellschaften gerichtet.²⁾ Insoweit korrigierte sich das Reichsgericht auch sehr bald. Der hier angesprochene Teil der Begründung blieb unangetastet.³⁾

3. Die Erkenntnis, daß die Minderheit gegen Ausbeutung durch die Mehrheit zu schützen sei, wurde immer mehr gefestigt. Zugleich trat in der Argumentation die subjektive Seite stärker hervor. Die Notwendigkeit einer Abwägung wurde deutlicher als bisher zum Ausdruck gebracht.

So hieß es in einer Entscheidung,⁴⁾ die Ausgabe von Vorzugsaktien habe sich infolge der Geldentwertung vielfach als erforderlich erwiesen, um Überfremdungen zu verhindern. Es wurde näher ausgeführt, daß sich das Ausmaß im Rahmen des objektiv Notwendigen halte. Subjektiv wäge das Reichsgericht die erstrebten Ziele gegeneinander ab. Zwar blieb die Anfechtungsklage im Ergebnis erfolglos. Aber wenig später scheiterte eine Kapitalerhöhung, obwohl die Gefahr einer Überfremdung

1) RGZ 108,41 ff., II. ZS.

2) Vgl. Flechtheim JW 24,679 f. und JW 25,572; Koenige-Teichmann-Koehler (2), 2 b zu § 226 HGB; Staub-Pinner (12/13), 1 zu § 226 HGB.

3) Vgl. einerseits RGZ 115,246 ff., 253. II. ZS.; andererseits die Bezugnahme JW 27,2989. II. ZS. mit Anm. Nußbaum S. 2986 ff.

4) RGZ 108,322 ff., 327 ff., II. ZS.

geltend gemacht wurde.¹⁾ Das Handeln im eigenen Interesse zum Nachteil der Minderheit wurde erneut grundsätzlich gebilligt. Die Sittenwidrigkeit liege jedoch darin, daß die Kapitalerhöhung unter Mißbrauch des formellen Rechts der im Vorstand und Aufsichtsrat verkörperten Mehrheit besondere Vorteile verschaffen und die Minderheit schädigen solle, ohne dem Wohle der Gesellschaft zu dienen.²⁾ Der Kapitalbedarf sei nur vorgetäuscht und eine Überfremdungsgefahr bestehe nicht. Man habe nur den Kläger ausschalten wollen, der bestrebt gewesen sei, weitere Aktien zu kaufen. Der Minderheit werde jeder Einfluß auf die Geschäftsführung abgeschnitten. Diese Knebelung gehe über das Maß einer erlaubten Abwehr weit hinaus. Die angewandten Mittel verstießen gegen die Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs und verletzten den Anspruch der Aktionäre auf gleichmäßige Behandlung. Solche einseitige Verfolgung von Mehrheitsinteressen auf Kosten der Minderheit, ohne Förderung der Gesellschaft, verstoße gegen die guten Sitten. Das Reichsgericht sah sich im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung.³⁾ Auf einen längeren Zeitraum bezogen ist jedoch ein Wandel unverkennbar. Zwar werden die guten Sitten schon in den ersten Entscheidungen angesprochen. Aber ständig wird der Kreis von Umständen größer, den das Gericht berücksichtigt wissen will. Den

1) RGZ 112,14 ff., II. ZS.

2) Vgl. A. Hueck, RG-Praxis IV, S. 178.

3) Im Fall RGZ 108,322 ff. seien eben die Voraussetzungen für eine Sittenwidrigkeit nicht festgestellt worden.

fortschreitenden sachlichen Korrekturen entspricht die Ausweitung der Begründungselemente. Neben die guten Sitten treten immer häufiger Gleichbehandlungsgebot, Rechtsmißbrauch, Knebelung und andere allgemeine Grundsätze. Von Treupflichten jedoch ist noch keine Rede.

Sie werden auch in den folgenden Beispielen nicht ausdrücklich genannt. Die Rechtsprechung bleibt auf der bekannten Generallinie¹⁾ und verfeinert die Argumentation von Fall zu Fall. In der Sache befaßten sich mehrere höchststrichterliche Urteile mit der Ausgabe von Vorzugsaktien, die für Zwecke der Gesellschaft gebunden waren.²⁾ Das Reichsgericht präzisierete zunächst, es komme nicht auf das tatsächliche Bestehen einer Überfremdungsgefahr an, sondern es genüge, daß die Verhältnisse eine entsprechende Annahme rechtfertigten.³⁾ Interessant ist auch die Bemerkung, daß es sich im vorliegenden Fall nicht um den Machtkampf verschiedener Interessengruppen handele. Vielmehr hätten nur wenige (!) Aktionäre und zwar aus rechtlichen (!) Gründen widersprochen. Sind bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit, wie es das Reichsgericht mehrfach ausgesprochen hat, alle Umstände zu berücksichtigen, so können in der Tat Bedeutung und Einfluß der Beteiligten nicht vernachlässigt werden. Denn diese Momente

1) Bsp. RGZ 113,6 ff., II. ZS.

2) Zur Kritik an den neuen Aktienarten vgl. Brodmann, Aktr. 4 zu § 185.

3) RGZ 113,188 ff., 193/4, II. ZS.; das fehlt z. B. noch in RGZ 112,14 ff., 17, II. ZS.

sind für Art und Umfang berechtigter Interessen erheblich. In der folgenden Entscheidung, der ebenfalls ein Beschluß auf Schaffung von Schutzaktien zugrunde lag, wurde dieser Gesichtspunkt jedoch nicht wiederholt.¹⁾

Zunächst führte das Reichsgericht aus, daß für die Vorwürfe der Kläger ein tatsächlicher Anhalt fehle. Allerdings habe schon die Satzung für die von der beklagten Gesellschaft behauptete Überfremdungsgefahr Sicherungen geschaffen. Diese beschränkten sich auf bestimmte Situationen. Daraus wurde nicht etwa gefolgert, daß es sich um eine abschließende Regelung handle. Vielmehr heißt es gerade umgekehrt, die Beschlüsse lägen auf der Linie der übrigen Satzungsvorschriften.³⁾ Außerdem wurden die angegriffenen Maßnahmen eingehend wirtschaftlich gerechtfertigt, nämlich mit den unsicheren Verhältnissen auf dem Geld- und Kapitalmarkt.⁴⁾ Bisher sei die Entwicklung der Gesellschaft im Hinblick auf die Zeitverhältnisse sehr günstig verlaufen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts habe die Beklagte jedoch einen erheblichen Kapitalbedarf. Mit diesen Sätzen kann nur angedeutet werden, daß die Erörterung der wirtschaftlichen Gegebenheiten sehr ins einzelne geht.⁵⁾

1) RGZ 119,248 ff. = JW 28,625 ff., II. ZS., mit Anm. von Neßbaum und Lifschütz in JW a.a.O.

2) RG a.a.O. S. 255.

3) RG a.a.O. S. 256.

4) RG a.a.O. S. 256.

5) RG a.a.O. S. 256/7.

Die für die Aktiengesellschaft entwickelten Grundsätze hat das Reichsgericht auch auf die GmbH angewandt. Erwähnenswert ist z. B. eine Entscheidung aus dem Jahre 1928, die einen sittenwidrigen Machtmißbrauch bejahte.¹⁾ Während der Gesellschaft so gut wie nichts zufließt,²⁾ sollten die Rechte der Klägerin entwertet werden. Weil der Mehrheitsbesitzer seine Anteile von der Klägerin überhaupt erst erworben hatte, erschien sein Verhalten besonders rücksichtslos.

Die letzte hier zu nennende Entscheidung faßte die Gesichtspunkte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch einmal zusammen.³⁾ Das Reichsgericht hob zunächst hervor,⁴⁾ daß die Kapitalerhöhung unstreitig nicht notwendig sei. Sie diene vielmehr dem Zweck, die der beklagten AG angeblich schädliche Einflußnahme der Klägerin oder des hinter ihr stehenden Konzerns auszuschalten. Die beschlossene Ausgabe von Schutzaktien in der Form von Stammaktien bilde das schärfste und wirksamste Mittel gegen innere Überfremdung, greife aber auch am stärksten in die Stellung der Minderheit ein. Gerade die Rechte, die eine bestimmte Kapitalquote voraussetzten, würden verwässert, obwohl es sich im wesentlichen um zwingende Vorschriften handle. Deshalb sei sorgfältig zu prüfen, ob sich der verfolgte Zweck nicht auch in schonenderer Form für die Min-

1) RGZ 122,159 ff., 162/3, 165 ff., II. ZS. = JW 29, 651 ff. mit Anm. Bing.

2) Beschluß vom 31. 5. 1923.

3) RGZ 132,149 ff., II. ZS. = JW 31,2951 ff. mit Anm. Hachenburg.

4) RG a.a.O. S. 159 ff.

derheit erreichen lasse. Dazu führte das Reichsgericht im einzelnen aus, daß die Gefahr der Überfremdung regelmäßig erst dann akut werde, wenn sie sich auf die Besetzung der Verwaltungsstellen auswirken könne. Das zu verhindern, hätte die mehr oder minder kapitallose Stimmrechtsaktie genügt. Außerdem habe die Gesellschaft verschiedene Sicherungen in der Satzung geschaffen.¹⁾ Deshalb überschritten die gegen die Klägerin und ihre Gruppe ergriffenen Schutzmaßnahmen das erforderliche Maß bei weitem. Die Minderheitsrechte würden in rechtsmißbräuchlicher Weise verkürzt. Diese Entscheidung geht ein weiteres Stück über die bisherige Praxis hinaus.²⁾ Gerade Hachenburg, der sich mehrfach nachdrücklich für eine Verstärkung der Rechte der Minderheit eingesetzt hatte, äußerte Bedenken.³⁾ Er lehnte die vom Reichsgericht geforderte besondere Rechtfertigung der Schutzaktien ab. Sie beschränke Neuausgaben auf wirklichen Kapitalbedarf, über den - so läßt sich hinzufügen - letztlich die Gerichte entscheiden.

4. Die höchststrichterliche Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Kapitalveränderungen ist damit, soweit sie für das Thema interessiert, abgeschlossen. ⁴⁾ Auch in diesem Bereich operiert keine Entscheidung mit Treupflichten,

1) Vgl. RGZ 119, 256, wo die Schaffung von Schutzaktien mit der entgegengesetzten Begründung gebilligt wird, daß diese Maßnahme genau auf der Linie der übrigen satzungsmäßigen Sicherungen gegen Überfremdung liege.

2) Das sehr sorgfältig begründete Urteil zitiert in dem hier wesentlichen Teil - S. 161 letzter Absatz bis S. 166 - keine einschlägige Rechtsprechung.

3) Hachenburg JW 31, 2951 ff.

4) Die Stellungnahme des Schrifttums vgl. etwa bei A. Hueck, RG-Praxis IV, 167 ff. und neuerdings z. B. bei Westmäcker, Verwaltung, S. 139 ff.

obwohl die Beschlüsse schon sehr früh an den guten Sitten gemessen werden.¹⁾ Überhaupt spielen General=klauseln in diesen Fällen von vornherein eine größere Rolle. Außerdem fallen viele Urteile in eine Zeit höchst labiler wirtschaftlicher Verhältnisse. Die Rechtsprechung hat ihre Wandlungen mit zahlreichen Gesichtspunkten begründet. Gerade weil sich die Veränderungen ohne Bezugnahme auf " Treupflichten " vollziehen, sind die Beispiele für das Thema bedeutsam. Die Entwicklung bietet deutliche Parallelen zu den späteren Urteilen, die mit Treupflichten operieren. Der Kreis erheblicher Umstände wird immer weiter gezogen. Deren Abwägung bestimmt die konkrete Entscheidung. Besonders die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft spielt eine wesentliche Rolle für die Beurteilung von Hauptversammlungsbeschlüssen. In der Argumentation treten neben den Sittenverstoß die Ver=letzung des Gleichbehandlungsgebotes,²⁾ der Rechts=mißbrauch etc. Diese Maßstäbe werden in mannigfaltiger Weise später mit der Treupflicht verknüpft. Die Ähn=lichkeit der älteren Urteile wirft also schon hier die Frage nach dem Sinn des neuen Begriffs " Treu=pflicht " auf.

III. Sonstige Fälle.

Die Entscheidungen des ersten Zeitabschnittes sind in zwei große Gruppen eingeteilt worden: Geschäftsführung

1) RGZ 68, 235 ff.

2) Vgl. Raiser ZHR 111, 81 - 84 u. Anm. 17; G. Hueck, Gleichm. Behandlung, S. 333 ff., 337 ff.

und Kapitalveränderungen. Es bleiben noch Einzelfälle zu erörtern. Häufig zeichnen sich gerade in Urteilen zu sehr speziellen Problemen, jenseits der allgemeinen Diskussion, neue Entwicklungen ab. Das könnte ebenso für die Treupflicht gelten.

Die erste wichtige Entscheidung stammt aus dem Jahre 1901.¹⁾ Sie befaßt sich u. a. mit Vorlegung und Einsicht der Geschäftsbücher, die von den Gesellschaftern einer GmbH verlangt wurden. Dieser Antrag, so führte das Reichsgericht aus, sei unbegründet, wenn für die Zukunft²⁾ das unbeschränkte Recht beansprucht werde, die Bücher auch außerhalb der Versammlung jederzeit einzusehen. Das Gesetz beschränke die Gesellschafter auf das, was zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung erforderlich oder ratsam sei.³⁾ Allerdings werde dem einzelnen Mitglied "unter besonderen Umständen und auf Grund einer besonderen Sachlage im Einzelfalle" das Recht auf Einsicht und Prüfung der Bücher, auch außerhalb der Versammlungen und selbst gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, nicht zu versagen sein.⁴⁾ Ausnahmen sind also möglich. Jedoch behält sich das Reichsgericht, wie die negative und damit abschwächende Formulierung zeigt, freie Hand vor. Immerhin wird der Anspruch auf Auskunft nicht grundsätzlich bezweifelt.⁵⁾

1) RGZ 49, 141 ff., I. ZS.

2) In der Berufungsinanz wurde der Antrag nur noch für die Zukunft aufrechterhalten. RG a.a.O. S. 148.

3) § 47 Nr. 6 GmbHG a.F. Vgl. RGBl. 1892, 477 ff. Jetzt § 46 Nr. 6 GmbHG.

4) Vgl. in der älteren Literatur z. B. Feine, Ehr. Hdb III 3, 507/8 mit Zitaten.

5) Vgl. auch RGZ 65, 432 ff., 435. I. ZS.

In den Bereich der Information fällt auch das Recht auf Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen. Der folgenden Entscheidung lag der Mehrheitsbeschluß zugrunde, daß sich diejenigen Gesellschafter der GmbH, welche mit ihr im Wettbewerb stehen, in den Versammlungen durch Mitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrates vertreten lassen müssen.¹⁾ Das Reichsgericht erörterte einen Verstoß gegen die guten Sitten.²⁾ Die Mehrheit dürfe ihre Rechte nicht zur "Vergewaltigung der Minderheit" mißbrauchen. In diesem Zusammenhang wird auch die Verhältnismäßigkeit der beschlossenen Maßnahmen festgestellt, die in Freiheit und Rechte des einzelnen Gesellschafters nicht stärker eingriffen, als es nach Lage der Umstände geboten erscheine.³⁾ Das Gericht billigte der beklagten GmbH ein berechtigtes Interesse zu, die Mitgliederversammlung für Konkurrenten zu sperren. Schon wenig später scheiterte jedoch ein ähnlicher Beschluß, der allerdings stärkere Einschränkungen enthielt.⁴⁾ In einem weiteren Urteil wurde der Anfechtungsklage stattgegeben, die auf Verletzung der Vorschriften über die rechtzeitige Auslegung der Vorlagen für die Generalversammlung gestützt war.⁵⁾ Das

1) RGZ 80,385 ff., II. ZS. Vgl. Scholz Rn. 4 zu § 48 GmbHG.

2) RG a.a.O. S. 390/1.

3) Das Urteil im Hibernia-Fall wird interpretierend zitiert.

4) RG LZ 16,1100, (Nr. 11) II. ZS.

5) RGZ 90,206 ff., II. ZS.

Reichsgericht erörterte einen Verstoß des Klägers gegen Treu und Glauben, weil er ein Verfahren rügte, das er jahrelang geduldet hatte. Im nächsten Beispiel wurde ausgeführt,¹⁾ es widerspreche Treu und Glauben sowie den guten Sitten des aktienrechtlichen Verkehrs, wenn die Mehrheit Hinterlegungsmängel benutze, um einen Großteil der Aktionäre an der Mitwirkung zu hindern. Hinzu komme die besondere Bedeutung der Beschlüsse: Umstellung des Grundkapitals auf Goldmark. Den Grundsätzen eines redlichen, anständigen Geschäftsverkehrs hätte es entsprochen, die Abstimmung auszusetzen und den Aktionären Gelegenheit zu geben, die Formalien nachzuholen. Wenn ohne Rücksicht auf die Interessen der Minderheit, diese mit formalen Gründen ausgeschaltet werde, weil ihre Opposition unbequem sei, so verstoße das gegen die guten Sitten. Diese Entscheidung bezieht - gewissermaßen über die guten Sitten hinausgreifend - Treu und Glauben in die Argumentation ein. Der Sachverhalt bot besonderen Anlaß, das mißbräuchliche Verhalten unter allen Aspekten darzulegen. Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Form und Sache, mit der auch in anderen Entscheidungen²⁾ operiert wird. Die Praxis verhilft, wenn sie mit diesem Gegensatz argumentiert, regelmäßig der " Sache " zum Erfolg. So wird Gesellschaftern das Stimmrecht mit der Begründung versagt, ihre Mitwirkung auf der anderen Seite ver-

1) RGZ 112,109 ff., 115 ff., II. ZS.

2) RGZ 104,128 ff., 130, II. ZS.; 115,246 ff., 253, II. ZS. = JW 27,672 ff. mit Anm. Nußbaum.

berge sich nur hinter der rechtsgeschäftlichen Ein=kleidung des Geschäfts. Es komme darauf an, so hebt das Reichsgericht hervor, daß die betreffenden Mit=glieder der Sache nach unmittelbar beteiligt seien.¹⁾ Der betonte Gegensatz zwischen Form und Sache²⁾ kehrt in den Entscheidungen, die mit der gesellschaftlichen Treupflicht operieren, verstärkt wieder. Außerdem bleibt festzuhalten, daß sich die Praxis ständig auf die besonderen Umstände des Einzelfalles stützt. So wird in dem eben erwähnten Urteil der Mehrheit vorge=worfen, daß sie das Geschäft " hinter dem Rücken der Minderheit " und " unverkennbar eilfertig " betrieben habe.³⁾

Aus dieser ersten Periode ist schließlich noch die Begründung einer Entscheidung interessant, der die Veräußerung des Vermögens einer Gewerkschaft im gan=zen und ihre Auflösung zugrundelag.⁴⁾ Erwerber sollte eine andere Gewerkschaft sein. Die Stadt L. war auf beiden Seiten mehrheitlich beteiligt. Das Reichsge=richt prüfte, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten darin liegen könne, daß sich die Mehrheit bei der Übertragung des Unternehmens zu einem verhältnismäßig niedrigen Preis von eigensüchtigen Interessen habe leiten lassen.⁵⁾ Es betonte, daß der Gesellschafter

1) RGZ 104, 130.

2) Vgl. dazu etwa Schönfeld, RG-Praxis II, S. 239 f.

3) RG a.a.O. S. 131.

4) RGZ 107, 202 ff., V. ZS. = JW 24, 1150 f.

5) Die Vorinstanzen hatten eine Verpflichtung des ein=zelnen, das Gesamtinteresse zu wahren, gemäß der älteren Rechtsprechung verneint. Das Reichsgericht versuchte, unter ausführlicher Gegenüberstellung die Kontinuität nachzuweisen.

seine Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag herleite und die Befugnisse ihm als Gesellschafter verliehen seien. Bei der Ausübung seiner Rechte habe er sich grundsätzlich von dem Wohl der Gesellschaft und nicht von seinen Sonderinteressen leiten zu lassen.¹⁾

Diese scharfe Zurückweisung privater Bestrebungen der Mitglieder zugunsten des Gesamtinteresses ist das eigentlich Neue an der Entscheidung, wie Hachenburg mit Recht hervorhebt.²⁾ Ähnliche Ausführungen werden später auf die gesellschaftliche Treupflicht gestützt. Im vorliegenden Fall stellte das Reichsgericht auf die unterschiedlichen Interessen von Mehrheit und beklagter Gesellschaft ab. Während die Stadt L. die Gewerkschaft möglichst billig erwerben wolle, werde diese selbst an dem Unternehmen nicht beteiligt, sondern aufgelöst. In ihrem (!) Interesse liege deshalb ein hoher Kaufpreis. Dieser brauche nicht unbedingt angemessen zu sein und dürfe unter den Wert des Gegenstandes der Veräußerung fallen, aber der festgesetzte Preis müsse sich wenigstens durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Im Ergebnis wurde zur näheren Aufklärung des Sachverhaltes zurückverwiesen.

1) Diese Ausführungen liegen auf der Linie des kurz vorher ergangenen Urteils RGZ 107, 72 ff., II. ZS. Vgl. Filbinger, Schranken der Mehrheitsherrschaft, S. 82 ff. Kritisch A. Hueck, RG-Praxis IV, S. 174, Anm. 17.

2) Hachenburg JW 24, 1150, (Anm.); vgl. auch Düringer - Hachenburg, HGB III 1, Einl. Anm. 79.

IV. Zusammenfassung.

Die Rechtsprechungsübersicht dieser ersten Periode bis 1933 ist abgeschlossen. Für die Entwicklung einer gesellschaftlichen Treupflicht können die Beispiele nur als Vorstufe bedeutsam sein. Zwar verfolgen manche die Treupflicht bis in hier genannte Urteile zurück, wenn sie auch nur Einzelfälle erwähnen.¹⁾ Wörtlich tritt dieser Begriff jedoch in der höchstrichterlichen Praxis des Aktien- und GmbH-Rechts in dem Zeitabschnitt, bis 1933 nicht auf. Allerdings zeichnen sich viele Parallelen ab. Wesentliche Elemente der Begründung, wie das Operieren mit zahlreichen Generalklauseln und das Abstellen auf die Umstände des Einzelfalles, werden in den Entscheidungen wiederkehren, die mit einer gesellschaftlichen Treupflicht argumentieren.

In der ersten Gruppe, die sich vor allem mit der Stimmberechtigung von Gesellschaftern, die zugleich Verwaltungsträger sind, in Fragen der Geschäftsführung befaßt, kommt das weniger zum Ausdruck. §§ 252 III HGB, 47 IV GmbHG enthielten fest umrissene Stimmverbote. Die Begründungen lehnten sich durchweg eng an den Wortlaut des Gesetzes an. Selbst § 138 BGB wurde in den ersten Fällen nicht genannt. Stärker deuten diejenigen Urteile eine Treupflicht an, die sich mit der Wirksamkeit von Kapitalveränderungen sowie dem Recht des Gesellschafters auf Auskunft und Teilnahme befassen. Kapitalerhöhungen und

1) Bsp. Dorpalen ZHR 102,29 Anm. 71/2 u. a. bzgl. RGZ 112,14 ff.; Küster, Inhalt und Grenzen, S. 50 bzgl. RG LZ 16,1100.

-herabsetzungen waren gerade in den Krisenjahren nach dem 1. Weltkrieg eine wichtige Waffe der Mehrheit. Die Geldentwertung erleichterte die Ausschaltung der Minorität. Diesen Manövern mußte die Rechtsprechung entgegengetreten. Sie hat sich vor allem auf Verletzung der guten Sitten berufen.¹⁾ Treu und Glauben werden nur selten erwähnt;²⁾ von Treupflicht ist in keinem Falle die Rede. Jedoch kommt die allmähliche Ergänzung und Korrektur der gesetzlichen Regelung hier besonders deutlich zum Ausdruck. Später tritt dieser Komplex ganz in den Hintergrund. Nach Erlass der Notverordnung vom 19. 9. 1931 und dem Abflauen der Wirtschaftskrise nahm die Bedeutung von Kapitalveränderungen in der Praxis ab. Zudem hatte das Reichsgericht bereits eine weitgehende Klärung herbeigeführt.

Nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch die Literatur³⁾ argumentierte in dieser ersten Periode durchweg ohne die gesellschaftliche Treupflicht. Für die Entscheidung eines bestimmten Rechtsstreits mag dieser Begriff auch stets entbehrlich sein. Im Schrifttum besteht jedoch bei allen Meinungsverschiedenheiten weitgehend Einigkeit, daß der Treupflicht ein eigenständiger Gehalt beizumessen ist. Der Ausdruck Treupflicht wird durchweg im technischen Sinne gebraucht. Andere

-
- 1) Vgl. A. Hueck, RG-Praxis IV 168/9 und fortflfd.; kritisch Goldschmidt, XXIV. Anwaltstag, S. 209 ff.
2) Vgl. z. B. Siebert, Verwirkung S. 226, der keine älteren Urteile nennt.
3) Vgl. etwa Feine, Ehr. Hdb. III 3, bes. S. 59 ff., 269 ff., 507 ff., 515 ff., 592 ff. usw.; A. Hueck, RG-Praxis IV, 167 ff., z. B. S. 168, Anm. 2.

Klauseln, auf die sich im konkreten Rechtsstreit das Ergebnis ebenso stützen läßt oder die ganz allgemein etwas Ähnliches besagen, ersetzen danach die Treupflicht nicht. Verwandte Begriffe oder Umschreibungen mögen bedeutsam sein, wenn Entwicklung und Verständnis der Treupflicht in Frage stehen. Sie führen aber dann nicht weiter, wenn es um deren Sinn und Notwendigkeit geht. Gerade wer mit der im Schrifttum verbreiteten Ansicht einen selbständigen Rechtsbegriff "Treupflicht" zugrundelegt, kann diesen nicht aus Entscheidungen ableiten, die diesen Ausdruck überhaupt nicht kennen. Zwar mögen sich in einige Beispiele entsprechende Ausführungen nahtlos einfügen lassen. Vielleicht hätte die höchstrichterliche Praxis später in manchen Fällen mit der gesellschaftlichen Treupflicht argumentiert. Wenn sich die Ergebnisse jedoch schon aus anderen Gesichtspunkten entwickeln lassen, so bestärkt das nur die kritischen Stimmen,¹⁾ weil damit die Notwendigkeit einer neuen Begründung unsicher wird. Die Vorstellung einer gesellschaftlichen Treupflicht findet also in der hier besprochenen Rechtsprechung keine feste Stütze. Allerdings könnten manche jüngere Entscheidungen in Stil und Inhalt eine Veränderung andeuten.

1) Z. B. Raiser ZgStW 103, 176 und ZHR 111, 84; Küster, Inhalt und Grenzen, S. 65 ff., 86, der a.a.O. die Sittenwidrigkeit für den richtigen Maßstab hält.

2. Abschnitt.

Die Treupflicht in der Rechtsprechung von 1933 bis 1945.

Der Umschwung, der in den folgenden Entscheidungen zum Ausdruck kommt, läßt sich an zwei äußeren Ereignissen markieren. Die Notverordnung vom 19. 9. 1931 brachte wesentliche Änderungen des bis dahin geltenden Aktienrechts.¹⁾ Wohl noch bedeutsamer, gerade im Hinblick auf die Treupflicht in der Rechtsprechung, war die grundsätzliche Wandlung der politischen Verhältnisse seit 1933.²⁾ Die Treupflicht wird meist in rechtsethischen Maßstäben verankert. Es erhellt, daß so verstandene Generalklauseln auf die politische Umwälzung besonders empfindlich reagieren.³⁾ Damit soll jedoch nicht gesagt werden, daß speziell die Treupflicht ein nationalsozialistischer Begriff ist.⁴⁾

- 1) Notverordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und eine Steueramnestie vom 19. 9. 1931. (RGBl. I, 493.)
- 2) Meyer-Meylenbergh z. B. führten bis zur 9. Aufl. aus, die Rechtsprechung habe die genossenschaftliche Treupflicht nach 1933 entwickelt. Vgl. Anm. 9 zu § 18 GenG, anders jetzt 10. Aufl. a.a.O.
- 3) Boehmer, Grundl. II 2, S. 99; Wieacker, Präzisierung, S. 9; vor allem schon Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, z. B. 51/2, 70 ff.
- 4) Siebert nahm sie als nationalsozialistisches Gedankengut in Anspruch: JW 35, 1553; auch Rechtsmißbrauch, S. 25 ff., 33 ff. Ähnliche Tendenzen bei Frh. Heyl zu Herrnsheim, Dt. R. 34, 535; Fleischmann (Diss.) S. 29 und fortlfd.; Theis (Diss.) S. 124. Dagegen: Löhlein JR 50, 497. Vgl. auch A. Hueck, Treuegedanke, S. 3 ff.

Man darf auch nicht annehmen, daß im Aktien- oder GmbH-Recht die Veränderung abrupt, etwa mit einem bestimmten Stichtag, erfolgte. So sprach eine oft genannte Entscheidung der Übergangszeit¹⁾ noch nicht von einer gesellschaftlichen Treupflicht, obwohl die Möglichkeit eines Rechtsmißbrauchs eingehend erörtert wurde. Es handelte sich dabei um die Frage, ob ein Mehrheitsaktionär berechtigt und verpflichtet ist, das ihn persönlich aus einem Lieferungsvertrag betreffende Wettbewerbsverbot auch bei der AG durchzusetzen.

I. Geschäftsführung.

Die Fälle, in denen der Umschwung vollzogen wurde, lassen sich dem Komplex Geschäftsführung zuordnen. Der ersten wichtigen Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde.²⁾ Die Generalversammlung der beklagten AG hatte den Antrag abgelehnt, eine Kommission zur Vorbereitung von Regreßansprüchen gegen den Aufsichtsrat einzusetzen. Die Mehrheit wurde durch ein Bankenkonsortium gebildet, das einige AG und OHG umfaßte. Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaften und Gesellschafter der offenen Han-

1) RGZ 142,219 ff., II. ZS. (14. 11. 1933.)

2) RGZ 146,71 ff., II. ZS. (4. 12. 1934.) = JW 35. 1236 ff. mit Anm. Langen. Vgl. noch die Stellungnahme bei Düringer-Hachenburg, HGB III 1, Einl. Anm. 78/9 : 1934.

delsgesellschaften gehörten dem Aufsichtsrat der beklagten AG an. Kern des Rechtsstreits war die Stimmberechtigung dieser offenen Handelsgesellschaften.

Das Reichsgericht setzte sich zunächst mit zwei älteren Urteilen auseinander, in denen es die Entlastung des Geschäftsführers bzw. des Aufsichtsrates mit den Stimmen einer OHG, an der die Verwaltungsträger beteiligt waren, gebilligt hatte.¹⁾ Der Senat rückte nunmehr ausdrücklich davon ab.²⁾ Diese bewußte und deutliche Distanzierung ist bemerkenswert. Bis dahin hatte das Reichsgericht, gerade bei Weiter- oder sogar Neuentwicklungen, immer wieder die Kontinuität der Rechtsprechung betont. Wenn jetzt der Bruch herausgestellt wird, so wirkt sich das zwangsläufig auf die Argumentation der ganzen Entscheidung aus.

Der Senat ging von § 266 I 2 HGB aus.³⁾ Die gesetzliche Neuregelung durch die Notverordnung beruhe bereits auf dem "das heutige Staatswesen durchsetzenden Gemeinschaftsgedanken". Das Treueverhältnis der einzelnen Mitglieder gegenüber den Gemeinschaften werde stärker als bisher betont und zum entscheidenden Maßstab für das Handeln des einzelnen erhoben.

1) RGZ 64, 14 ff., I. ZS. betr. § 47 IV GmbHG;
RGZ 112, 382 ff., II. ZS. betr. § 252 III HGB.

2) RG a.a.O. S. 75.

3) § 266 I 2 n. F. entspricht § 118 I 2 AktG. (1937)
Vgl. jetzt § 142 I 2 AktG.

Eigensüchtige Belange dürften keine Rolle spielen. Die Gefahr, daß der Gemeinschaftsgedanke hinter persönliche Interessen zurücktrete, bestehe nicht nur in dem von § 266 I 2 n. F. HGB ausdrücklich normierten Falle. Auch eine OHG werde als Aktionärin, wenn die Entlastung ihrer persönlich haftenden Gesellschafter als Verwaltungsträger der AG anstehe, in der Freiheit der Abstimmung durch gesellschaftsfremde Momente beschränkt sein. Es komme nicht entscheidend auf die Selbstständigkeit ihres Vermögens an. Denn aus der rechtlichen Natur der OHG ergebe sich das Miteigentum der Gesellschafter zur gesamten Hand. Sie selbst erschienen wirtschaftlich als Aktionäre.¹⁾ Die Belange der OHG ließen sich meist von denen der Gesellschafter nicht trennen. Diese gerieten in einen schweren Pflichtenkonflikt, sofern über Maßnahmen gegen einen von ihnen abzustimmen sei. Zusammenfassend wird schließlich noch einmal auf den Sinn und Zweck des § 266 I 2 n. F. HGB verwiesen.

Die Entscheidung gilt heute weithin als Musterfall für die Anwendung der gesellschaftlichen Treupflicht, jedoch ebenso als Beispiel für die Übersteigerung dieses Gedankens.²⁾ Das trifft für das folgende Ur-

1) Kritisch zu dieser Begründung Langen JW 35, 1238 f. (Anm.) Gegen ihn Siebert JW 35, 1553.

2) Vgl. Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB; A. Hueck. Treuegedanke, S. 14/5 und Anm. 45

teil noch in verstärktem Maße zu.¹⁾

Beklagte war eine AG, der MW. seit ihrer Gründung als Aktionär und Mitglied des Vorstandes angehörte. Fünf Tage vor der Generalversammlung gründeten MW. und seine Familienangehörigen eine GmbH, die sich an Unternehmungen aller Art beteiligen sollte. MW. übernahm 60 % der Anteile und mit seinem Sohn die Geschäftsführung. Beide erhielten Alleinvertretungsmacht, MW. außerdem auf Lebenszeit das Recht, Geschäftsführer zu bestellen und abzusetzen. Die GmbH meldete 528 Stimmen zur Hauptversammlung der Beklagten an, in der dann mit 537 gegen 416 Stimmen des Klägers die Entlastung des Vorstandes beschlossen wurde. Mit demselben Stimmenverhältnis scheiterte auch der Antrag des Klägers, Prüfer für die Geschäftsführung zu bestellen.

Das Reichsgericht stellte zunächst klar, daß MW. nicht mehr Aktionär sei.²⁾ Die neu gegründete GmbH werde allein deshalb, weil ihr Anteilseigner und Geschäftsführer MW. zugleich Vorstandsmitglied der beklagten AG sei, nicht von der Abstimmung über dessen Entlastung und die Bestellung von Prüfern ausgeschlossen. Denn die Verbote trafen nur den Aktionär. Das Reichsgericht lehnte es ab, das in der Vorentscheidung für die OHG entwickelte Ergebnis auf eine GmbH als Aktionärin zu übertragen.

1) RGZ 146,385 ff., II. ZS. = JW 35.1550 ff. mit Anm. Siebert.

2) RG a.a.O. S. 389 ff.

Dennoch wurde das Stimmrecht versagt und zwar wegen der besonderen Lage des Falles.¹⁾ Das Gericht leitete zunächst aus §§ 252 III, 266 I 2 HGB den Grundsatz ab, daß Verwaltungsträger nicht Richter in eigener Sache sein sollten. Eine solche Situation sei aber nicht nur dann gegeben, wenn die Betroffenen mit eigenen Aktien stimmten, sondern entsprechendes gelte für Aktien, auf deren Verwaltung sie maßgebenden Einfluß ausübten. Deshalb komme es auf das Eigentum im juristischen Sinne nicht an. Das Stimmverbot erfasse auch die Aktien einer GmbH, wenn sie von dem Willen des Verwaltungsmitglieds der AG so vollständig abhängen, daß alle ihre Rechtshandlungen ausschließlich von diesem bestimmt würden. Denn die juristische Person bilde hier nur die Rechtsform, unter der er die Befugnisse des Aktionärs ausübe. Diese Konsequenz sei insbesondere bei Einmanggesellschaften unerläßlich, sonst stelle man die Form über die Sache. Die Stimmverbote beständen unmittelbar; es handele sich nicht etwa um eine Umgehung des Gesetzes.

Im konkreten Fall betonte das Reichsgericht, daß die GmbH eine reine Familiengesellschaft sei, die in jeder Hinsicht völlig von MW. abhängen. Auch die Gesellschafterversammlung könne nichts gegen ihn durchsetzen. Allerdings ist der Erfolg der Anfechtungsklage damit keineswegs gesichert. Es sei zu prüfen,²⁾ ob

1) RG a.a.O. S. 390 ff.

2) RG a.a.O. S. 394 ff.

nicht die Anfechtung nach den besonderen Umständen des Falles eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. In der das gesamte Aktienrecht beherrschenden Treupflicht, die jedem Aktionär gegenüber der Gesellschaft obliege, finde die Anfechtung ihre Schranke. Dann folgt der oft zitierte Satz: " Der Aktionär hat sich bei allen seinen Maßnahmen als Glied der Gemeinschaft zu fühlen, der er angehört und ist gehalten, die Treupflicht ... zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen."¹⁾ Wenn der Kläger in Wirklichkeit nur die Aktien der Familie W. erwerben und seine Berufung in den Vorstand oder wenigstens die Ausschüttung einer höheren Dividende erzwingen wolle, so verfolge er gesellschaftsfremde Zwecke. Keinesfalls dürfe er der Gesellschaft selbstsüchtig seinen Willen aufzwingen. Das wäre eine grobe Verletzung der Treupflicht. Eine Ausübung des Anfechtungsrechts sei unter diesen Umständen Rechtsmißbrauch. Das Verbot unzulässiger Rechtsausübung komme in § 226 BGB zum Ausdruck. Es müsse aber über den Wortlaut der Vorschrift immer dann angewendet werden, wenn ein Verstoß gegen Treu und Glauben erfolge. Allerdings, so schränkte das Reichsgericht ein, sei der Behauptung mißbräuchlicher Rechtsausübung stets mit besonderer Vorsicht zu begegnen. Regelmäßig bedeute das Recht zur Anfechtung die Befugnis, diese Möglichkeit auszunutzen.²⁾ Deshalb treffe die Beweislast in vollem Umfang die beklagte Gesellschaft.

1) RG a.a.O. S. 395.

2) Vgl. Scholz, Kom. z. GmbHG § 45 Rn. 18.

schaft. Im Ergebnis wurde zurückverwiesen. Die Entscheidungsgründe wurden ausführlich dargestellt, denn die Kernsätze kehren in der Praxis ständig wieder. Vor allem jedoch enthalten die Urteile im 146. Band bereits die typischen Momente für die Treupflicht in der Rechtsprechung. Wenn das Reichsgericht mit diesem Begriff operiert, fordert es meist ausdrücklich die Abwägung aller Umstände. Jedenfalls wird die Entscheidung auf den Einzelfall abgestellt. Es gibt kaum einen Gesichtspunkt, den man von vornherein als unerheblich beiseite lassen könnte. Typisch für die Argumentation ist, daß die Treupflicht vielfältig mit anderen Klauseln verknüpft wird. In den behandelten Beispielen ist besonders die Einordnung in allgemeine, über den Rahmen der Aktiengesellschaft hinausgreifende Beziehungen auffällig. Mit der Bezugnahme auf den " das heutige Staatswesen durchsetzenden Gemeinschaftsgedanken " ¹⁾ zieht das Reichsgericht unmittelbar die herrschende politische Ideologie zur Urteilsbegründung heran. Das verdeutlicht den Wandel gegenüber der älteren Rechtsprechung. Sinn und Zweck des § 266 I 2 n. F. HGB bilden nur den äußeren Rahmen. Auch Treupflichtverstoß, Rechtsmißbrauch, Verletzung von Treu und Glauben etc. werden nicht unterschieden. Die im Schrifttum oft versuchten Abgrenzungen zwischen diesen Klauseln finden hier keine Stütze. Entsprechendes gilt für die Unter=

1) RGZ 146,76.

scheidung der Treupflicht als allgemeines Prinzip und ihren konkreten Ausprägungen. Die Rechtsprechung trennt hier nicht. Schließlich ist zu beachten, daß diese ersten Beispiele mit der Treupflicht des Aktionärs operieren. Das GmbH-Recht folgte erst später. Diese Entwicklung kontrastiert zu der heute herrschenden Ansicht, die nur im Aktienrecht gesellschaftliche Treupflichten grundsätzlich verwirft.¹⁾ Beide Urteile werden demgemäß im neueren Schrifttum oft angegriffen,²⁾ ganz im Gegensatz zu der lebhaften Zustimmung, die sie bis 1945 fanden.³⁾

Die Aussagen des Reichsgerichts setzten sich besonders in der Praxis sehr schnell durch. Das Kammergericht übernahm sie alsbald in einer Entscheidung zu § 47 IV GmbHG.⁴⁾ Als 1943 das folgende Urteil erging, war die gesellschaftliche Treupflicht allgemein anerkannt.⁵⁾

Der Kläger hatte mehrere Beschlüsse der beklagten

1) Vgl. A. Hueck, Treuegedanke, S. 14/5; Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB.

2) Vgl. z. B. A. Hueck a.a.O. und Anm. 45; Hachenburg-Schilling, Anm. 27 zu § 14 GmbHG. A. M. noch J. v. Gierke ZHR 111, 198/9; Teichmann-Koehler (3) Anm. 5 b zu § 48 AktG.

3) Vgl. Siebert JW 35, 1553/4; ders. DJZ 35, 713 ff.; ders. Rechtsmißbrauch, S. 33 ff.; Dorpalen ZHR 102, 26 (Anm. 65). 31 (Anm. 79); Kolb ZAkDR 35, 372 ff.; Claren ZAkDR 37, 490 ff.; Ritter. Kom. z. AktG, Vorb. unter 4); Klausning, Festschr. Schlegelberger, S. 405 ff. u. v. a. Kritisch seinerzeit fast nur Fechner, Treubindungen, S. 52 ff.

4) KG JW 35, 2154 unter Bezugnahme auf RGZ 146, 71 ff.

5) RGZ 170, 358 ff., II. ZS.

GmbH angefochten, durch die u. a. ihm als Geschäftsführer gekündigt worden war, die außerdem die Gehälter der Geschäftsführer K., E. und Sch. rückwirkend wesentlich erhöhten, ihnen Lebensversicherungen von je 30 000.-RM zu Lasten der Gesellschaft bewilligten und ihnen gestatteten, sich diese Bezüge aus dem Vermögen der GmbH zu entnehmen.

Für eine Abberufung des Klägers ließ das Reichsgericht¹⁾ das schwere Zerwürfnis der Beteiligten nicht genügen. Das gelte selbst dann, wenn es nur durch wesentliche Änderungen in der Geschäftsführung zu beheben sei. Denn die Mehrheit habe sich rücksichtslos über die Belange des Klägers hinweggesetzt, um ihn auszuschalten. Deshalb könne sie die Heftigkeit der Auseinandersetzungen, die nur durch Mißachtung der gesellschaftlichen Treupflicht verursacht sei, nicht zum Anlaß nehmen, dessen Rechte aufzuheben.

Soweit der Kläger die finanziellen Verbesserungen für K., E. und Sch. angefochten hatte, meinte das Gericht, die Beschlüsse seien allein wegen der Höhe der Bezüge nicht zu beanstanden,²⁾ da sich die wirtschaftliche Lage der GmbH außerordentlich günstig entwickelt habe. Aber die Anfechtung sei dennoch begründet, weil die Begünstigung der drei Geschäftsführer in Wahrheit eine bevorzugte Beteiligung der zu den Stämmen K., E. und Sch. gehörenden Gesellschafter an dem Ertrag des Unternehmens bedeute, während die

1) RG a.a.O. S. 373.

2) RG a.a.O. S. 376 - 378. Also anders als JW 16,575.

Mitglieder des Stammes O., zu denen der Kläger zähle, leer ausgingen. D., E. und Sch. seien Geschäftsführer als Vertreter ihrer Familien. Was diesen durch die Erhöhung der Besoldung zufließe, entspreche nicht dem Verhältnis ihrer Anteile am Stammkapital der GmbH gegenüber der Beteiligung des Stammes O., der auch sonst keinen Ausgleich erhalte. Darin liege eine sittenwidrige Verletzung der gesellschaftlichen Treupflicht. Bedenklich sei auch, daß E. und Sch. trotz rechtlicher Zweifel zu Geschäftsführern bestellt worden seien. Außerdem habe die Gesellschafterversammlung die Bezüge sogar rückwirkend erhöht. Dies zeige, wie sehr die Mehrheit bestrebt gewesen sei, ihren Standpunkt ohne Rücksicht auf die Minderheit durchzusetzen.¹⁾

Die Urteilsgründe stellen das Gleichbehandlungsgebot heraus, das von den anderen Klauseln nur umschrieben zu werden scheint.²⁾ Entscheidend sind jedoch die Umstände, die den Beziehungen der Beteiligten entnommen werden. Vor allem die wirtschaftlichen Folgen beeinflussen das Ergebnis. Die Treupflichtaussagen treten in der Argumentation etwas zurück, werden aber keineswegs abgeschwächt. Das Reichsgericht hat diese Gedanken bis zuletzt beibehalten.³⁾

-
- 1) Das RG - a.a.O. S. 378 - 380 - sah einen Treupflichtverstoß auch in der Berufung auf eine Überschreitung der Anfechtungsfrist. Nach gesundem Volksempfinden sei auf die Schwierigkeiten des seit Anfang 1939 bei der Wehrmacht befindlichen Klägers Rücksicht zu nehmen.
- 2) Vgl. auch Fechner, Treubindungen, S. 93 ff.
- 3) RG JR 48,254 ff., V. ZS. (30. 1. 1945.)

II. Auflösung und Ausschluß.

Das Reichsgericht hatte sich mehrfach mit Fällen zu beschäftigen, in denen persönliche Differenzen eine Gesellschaft zu zerstören drohten. Es lag nahe, daß solchen Auflösungsbestrebungen Schranken gesetzt wurden. Die Begründungen operierten sehr stark mit der Treupflicht des Gesellschafters. Alle drei wichtigen Entscheidungen betreffen das GmbH-Recht. Die vom Reichsgericht entwickelte Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund kommt ohnehin für Aktiengesellschaften nicht in Frage.¹⁾ Die Urteile liegen zeitlich dicht beieinander.

Im ersten Beispiel ging es um die Frage, ob eine GmbH wegen persönlicher Auseinandersetzungen der Gesellschafter aufgelöst werden kann.²⁾ Das Gericht prüfte den wichtigen Grund für die Auflösung, § 61 GmbHG. Ein tiefgreifendes, unheilbares Zerwürfnis zwischen den Mitgliedern genüge, wenn der Zweck der Gesellschaft gefährdet und eine gedeihliche Entwicklung in Frage gestellt werde. Diese Auswirkungen könnten sich namentlich bei geringer Mitgliederzahl ergeben. Dann dürfe auch einem an der Entstehung des Zwiespaltes mitschuldigen Gesellschafter das Recht, die Auflösung zu verlangen, nicht verweigert werden. Etwas anderes gelte, wenn das betreibende Mitglied allein oder überwiegend schuldig sei. Müsse dieser

1) Vgl. Fischer in Großkom. Anm. 2 zu § 58 AktG;
Baumbach-Hueck, Anm. 1) zu § 58 AktG.

2) RGZ 164, 257 ff., II. ZS.

Gesellschafter sich bei pflichtgemäßer Überlegung sagen, daß sein Verhalten die GmbH in ihrem Bestand gefährde, so liefe es Treu und Glauben und der gesellschaftlichen Treupflicht gröblich zuwider, wenn ihm gestattet werde, wegen des von ihm schuldhaft herbeigeführten Zustandes die Gesellschaft aufzulösen. In diesem Falle stehe einer Klage der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen.

Diese Ausführungen nennen die Treupflicht abermals in einem Zuge mit Treu und Glauben sowie anderen Klauseln. Es wird keine gesellschaftliche Treupflicht, die gröblich verletzt sein soll,¹⁾ als solche begründet oder umrissen. Sie wird überhaupt nicht als selbständiger Rechtsbegriff entwickelt, sondern im Rahmen der Erörterung des wichtigen Grundes ohne weiteres in die Argumentation eingeflochten. Das Ergebnis des Falles beruht auf der Abwägung von Für und Wider.²⁾ Das Berufungsgericht hatte die günstige Geschäftslage der GmbH nicht verkannt, aber gemeint, daß fortdauernde Uneinigkeit den Zusammenbruch herbeiführen müsse. Demgegenüber hielt das Reichsgericht die endgültige und unwiderrufliche Zerstörung des gemeinschaftlichen Werkes erst dann für berechtigt, wenn das Gedeihen unmittelbar und für einen bereits absehbaren Zeitpunkt in Frage gestellt sei. Die günstige Entwicklung der GmbH trotz persönlicher Zerwürfnisse

1) Vgl. schon RGZ 146,396.

2) RGZ 164,259 ff.

spreche gegen eine solche Annahme.¹⁾ Es genüge nicht, daß die Firma ohne die Spannungen noch besser abgeschnitten hätte. Sofern im übrigen der Kläger zu Recht als Geschäftsführer abgesetzt worden sei, könnten sich die Zerwürfnisse auf die Verwaltung nicht mehr auswirken.²⁾ Notfalls dürfe ihm die Ausübung des Stimmrechts entzogen werden. Die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme sei aus dem Wesen der Gesellschaft und der Treupflicht abzuleiten. Sonst werde eine Gesellschaft dem schädigenden Verhalten eines Mitgliedes gerade dann preisgegeben, wenn dessen Auflösungsklage wegen Rechtsmißbrauchs erfolglos bleibe. Schließlich betonte das Gericht noch, daß die Auflösung nur als letztes Mittel in Frage komme.³⁾

Das Urteil spricht also mehrfach von der Treupflicht, einmal sogar im Zusammenhang mit dem Wesen der Gesellschaft. Festzuhalten ist, daß über den Treuegedanken die Möglichkeit zur Auflösung eingeschränkt wird. Das deutet auf einen Zusammenhang zwischen richterlicher Ergänzung bzw. Korrektur der gesetzlichen Regelung und dem Argumentieren mit Treupflichten hin. Ähnlich operiert die folgende Entscheidung, die knapp zwei Monate später erging.⁴⁾

Das Reichsgericht wiederholte, daß auch ein tiefe=

1) RG a.a.O. S. 261. Das Reichsgericht stützte sich auf eine eigene Prognose der wirtschaftlichen Entwicklung, die aber durch die Kriegsereignisse wohl sehr bald überholt wurde.

2) RG a.a.O. S. 262 ff.

3) Vgl. aber etwa Feine Ehr. Hdb. III 3. 513/4: Auflösungsklage ist das gegebene Mittel der Minderheit gegen Rechtsmißbrauch der Mehrheit.

4) RG HRR 40,1359, II. ZS. = Warn.Repr. 41 Nr. 100 = SeuffA 95 Nr. 2 = Dt.R. 40,2177 (Nr. 15, nur LS).

hendes Zerwürfnis den wichtigen Grund zur Auflösung bilden könne, namentlich bei wenigen Mitgliedern, sofern das Bestehen der Gesellschaft unmittelbar und für einen bereits absehbaren Zeitpunkt gefährdet sei. Daran fehle es, weil sich die beklagte GmbH geschäftlich sehr gut entwickelt habe. Sie sei auch im übrigen nicht schutzlos, wenn etwa ein Gesellschafter die Vorschläge der anderen prinzipiell zum Scheitern bringen wolle. Denn für die Mitglieder der GmbH bestehe die für Aktionäre begründete Treupflicht verstärkt, weil ihre persönlichen Beziehungen erheblich enger seien. Ausdrücklich wird hinzugefügt, diese Treupflicht treffe die Mitglieder auch untereinander.¹⁾ Deshalb seien sie gegenseitig und der GmbH verpflichtet, in deren Interesse abzustimmen. Treuwidriges Verhalten könne die Gesellschaft berechtigen die Mitverwaltungsrechte wenigstens der Ausübung nach zu entziehen und einem unabhängigen Treuhänder zu übertragen.

Das Gericht begründete eingehend, daß die Auflösungsklage nur das äußerste Mittel sei. Auch insoweit verlange die gesellschaftliche Treupflicht den Versuch, zunächst auf andere Weise eine Regelung zu erreichen. Es komme außerdem darauf an, in welchem Maße das Mitglied, das sich gegen eine Auflösung wehre, an der Gesellschaft persönlich mitwirke. Das gelte besonders, wenn - wie im vorliegenden Fall - der Kläger vorwiegend oder gar ausschließlich nur mit einer

1) Vgl. Wolany, Rechte und Pflichten S. 111/2.

Geldanlage beteiligt sei, während der andere seine Arbeitskraft für die Gesellschaft verwandt und große Verdienste an dem Aufbau des Unternehmens habe. Dieser Gesichtspunkt zeigt deutlich, daß auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt wird. Im vorerörterten Beispiel lagen die tatsächlichen Verhältnisse anders. Schließlich schränkt das Reichsgericht die Auflösung auch aus den Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit ein.¹⁾ Nach ausführlicher Abhandlung der Einzelheiten²⁾ wird an den Tatrichter zurückverwiesen.

Das Urteil spricht also recht häufig von der gesellschaftlichen Treupflicht, die stärker als bisher selbständig erscheinen mag. Jedoch ist zu beachten, daß dieser Begriff nur im Rahmen der Ausgangsfrage eingeführt wird, ob nämlich ein wichtiger Grund für die Auflösung vorliege, § 61 GmbHG. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt von den besonderen Umständen ab. Durch deren Abwägung werden die Ergebnisse ständig verfeinert. Das nächste Urteil löst den gesetzlichen Zusammenhang völlig.³⁾

Der Kläger,⁴⁾ ein aus Deutschland ausgewanderter Jude, war mit den Beklagten Gesellschafter der X-Bau-GmbH. Ende 1937 wurde die Umwandlung in eine BGB-Gesellschaft beschlossen. Die Rechtsverhältnisse sollten sich weiter nach den Vorschriften regeln, die bis-

1) Diese Tendenz deutet schon RGZ 146,71 ff., 76 an.

2) Abdruck nur HRR 40,1359 (II).

3) RGZ 169,330 ff., II. ZS. = Dt.R. 1942,1700 ff.

4) Vgl. RG a.a.O. S. 332 oben. Das bleibt hier unberücksichtigt.

her für die GmbH galten, auch im Hinblick auf Ausscheiden und Veräußerung von Geschäftsanteilen. Die Beklagten luden den Kläger 1938 zur Gesellschafterversammlung mit folgender Tagesordnung ein:

1. Beschluß über Forderungen gegen die Gesellschafter.
2. Verschiedenes.

Der Kläger nahm nicht teil. Die Beklagten teilten ihm seinen Ausschuß mit. Sie beriefen sich darauf, daß eine Gesellschaft, an der ein Jude mit mehr als 25 % beteiligt sei, vom Gesetz als jüdisch angesehen werde. Seine weitere Mitgliedschaft würde schwere wirtschaftliche Nachteile zur Folge haben. Der Kläger machte die Unwirksamkeit der Ausschließung geltend.

LG und OLG gaben der Klage statt. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das Reichsgericht legte zunächst¹⁾ dar, daß es für eine GmbH auch ohne entsprechende Satzungsbestimmung möglich sein müsse, einen untragbaren Gesellschafter auszuschließen. Der Senat entwickelte dieses Ergebnis aus der bisherigen Rechtsprechung und berief sich auf Scholz, der aus Treu und Glauben sowie der gesellschaftlichen Treupflicht den Ausschuß aus wichtigem Grund gerechtfertigt hatte.²⁾ Es heißt dann, § 34 GmbHG stehe nicht entgegen, denn es liege " ohne weiteres im Sinn eines jeden Gesellschaftsvertrages ", daß die GmbH gegen unzumutbare Belastung durch fort-

1) RG a.a.O. S. 332 ff.

2) Scholz, Ausschließung und Austritt eines Gesellschafters aus der GmbH, 1942. Vgl. auch Dt. R. 42,1667 ff.

dauernde Mitgliedschaft eines Gesellschafters geschützt sei. Zu diesem Ergebnis führe die ergänzende Auslegung der Satzung nach Treu und Glauben. Aus der gesellschaftlichen Treupflicht folge jedoch, daß die Ausschließung nur das letzte Mittel sein könne.

Im einzelnen erörterte das Reichsgericht dann, ob die Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse den Kläger für die Gesellschaft untragbar gemacht habe. Der Senat geriet dabei in Schwierigkeiten, weil er selbst diese Frage in zwei älteren Entscheidungen verneint hatte.¹⁾ Aber die Sachlage habe sich wesentlich geändert. Diese Urteile seien vor Erlass der verschärften Judengesetze ergangen. Nunmehr wurde allein aus der Rassezugehörigkeit der wichtige Grund zum Ausschluß abgeleitet, obwohl die Beklagten in Kenntnis dieses Umstandes das Gesellschaftsverhältnis eingegangen waren.²⁾ Zwar verpflichtete, so fuhr das Reichsgericht fort, die Treupflicht zur Anhörung des Betroffenen vor einem Ausschluß. Aber für den Kläger als Juden sei ein solches Gehör ausichtslos und deshalb entbehrlich.³⁾

Diese Ausführungen sprechen für sich. Schließlich löste sich der Senat völlig vom Boden des überkommenen Privatrechts. Der Kläger hatte nämlich seine Anteile dem NS.-Bund deutscher Technik angetragen und damit die Beteiligten offenbar in arge Verlegenheit gebracht. Auch das Reichsgericht konnte diesem Ange-

1) RGZ 146,169 ff., 177; RG JW 38,1825 (Nr. 33) : Ausschluß bei Personalgesellschaften.

2) RGZ 169,335. Das Berufungsgericht hatte sich darauf gestützt.

3) RG a.a.O. S. 338/9. Vgl. Scholz Dt. R. 42,1669/70.

bot nicht ausweichen, zumal es den Zwangsausschluß als äußerstes Mittel bezeichnet hatte. So erörterte es, ob die Beklagten wegen ihrer gesellschaftlichen Treupflicht auf diesen Vorschlag eingehen müßten.¹⁾ Der Senat wollte das anscheinend bejahen. Da aber die NSDAP selbst sich noch nicht endgültig geäußert hatte, wurde zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen. Dieses Urteil, das erstmals den Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH billigte, ist von nationalsozialistischer Ideologie durchsetzt. Auf deren Einflüsse gründet sich die Abweisung der Klage. Das veranlaßt die Frage, ob die Entscheidung heute überhaupt noch verwertbar ist. Sie wird meist ohne Vorbehalte zitiert.²⁾ Zum Teil weist die Nachkriegsliteratur jedoch das Urteil auch im ganzen zurück.³⁾ Für das Thema " Treupflicht " ist die Entscheidung jedenfalls nach wie vor sehr bedeutsam. Denn kaum ein anderes Beispiel zeigt so deutlich, wie über die Treupflicht die gesetzliche Regelung korrigiert und völlig neue Gesichtspunkte in die Argumentation eingeführt werden, darunter auch eigentlich außerrechtliche Maßstäbe.

1) RG a.a.O. S. 336/7.

2) Vgl. z. B. BGHZ 9,157 ff., II. ZS., S. 161,163,165; Scholz, Ausschließung (3) S. 17/8; Knöpfel (Diss.), S. 178/9.

3) Schilling JZ 53,491; auch Buchwald BB 53,459 Anm. 43; Masur NJW 49,407; dagegen A. Hueck Betr. 51, 108.

III. Sonstige Fälle.

Der Überblick ist unvollständig, solange die folgenden Einzelbeispiele fehlen. Sie dienen nicht nur dazu, die bisherige Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus der Zeit von 1933 bis 1945 abzurunden und zu ergänzen. Das würde allein zahlenmäßig ihre Bedeutung verzerren. Schon die bereits erörterten Entscheidungen konnten nur mit Mühe in geschlossenen Gruppen zusammengefaßt werden. Erst recht lassen sich die folgenden Urteile kaum bestimmten Sachgebieten zuordnen. Die Schwierigkeiten rühren daher, daß die Rechtsprechung mit der gesellschaftlichen Treupflicht nicht so sehr bei den bekannten Problemen argumentiert, sondern diesen Gedanken vor allen Dingen in singulären Fällen einführt.¹⁾

Dem ersten Urteil lagen Schadensersatzansprüche im Rahmen einer Gesellschaft zugrunde.²⁾ Die Kläger machten für den wirtschaftlichen Mißerfolg der erstbeklagten AG ein Zusammenwirken des Zweitbeklagten mit dem Hauptaktionär und alleinigen gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft verantwortlich.

Das Reichsgericht erörterte, ob ein gesetzliches Treueverhältnis der Aktionäre untereinander bestehe.³⁾

1) Vgl. z. B. RG JW 36,919 ff., II. ZS. Das RG bejahte die Stimmberechtigung der abhängigen mit Aktien der herrschenden Gesellschaft. Es stützte sich auf RGZ 115,246 ff., II. ZS. und fügte hinzu, daß die Neufassung des Gesetzes eine Änderung im Hinblick auf diese Praxis und die h. L. deutlich hätte zum Ausdruck bringen müssen. Es bestand also kein Anlaß, mit einer Treupflicht zu operieren.

2) RGZ 158,248 ff., II. ZS.

3) RG a.a.O. S. 254 ff. Dafür z. B. Siebert JW 35, 1554 u.v.a.

Bisher sei das nur gegenüber der AG selbst bejaht worden.¹⁾ Allerdings werde das gesamte Aktienrecht von dem Treuegedanken beherrscht, was das Reichsgericht mit den Kernsätzen einer älteren Entscheidung bekräftigt.²⁾ Daraus folge aber keine Treupflicht der Aktionäre untereinander.³⁾ Gegen eine solche spreche das Zurücktreten personenrechtlicher Elemente bei dieser Gesellschaftsform, so daß die Aktionäre einander vielfach unbekannt seien und über ihre gegenseitigen Interessen nicht Bescheid wüßten. Außerdem könne ein Verhalten, das andere Aktionäre schädige, sehr wohl durch berechnete Belange gedeckt sein. Das führe auf jeden Fall, selbst wenn man eine Treupflicht der Aktionäre untereinander annehmen wolle, zu einer Beschränkung der Schadenersatzpflicht auf vorsätzliche Verletzung der in der AG gebundenen Interessen des Mitaktionärs. Mit der Eigenart dieser Gesellschaftsform sei eine Haftung für grobe oder gar leichte Fahrlässigkeit nicht zu vereinbaren, wie § 101 des neuen Aktiengesetzes bestätige.⁴⁾

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, obwohl das Berufungsgericht sogar eine fortwirkende Treupflicht aus der Gründungsvereinbarung angenommen

1) Bezugnahme auf RGZ 146,71 ff. und 385 ff.

2) Wörtlich aus RGZ 146,395 übernommen.

3) Diesen Satz schränkt das Reichsgericht ein mit den Worten: " Wenigstens für das bis zum Inkrafttreten des neuen Aktiengesetzes geltende Recht. "

4) Diese Ausführungen sind vielfach als Ablehnung einer Treupflicht von Aktionären untereinander verstanden worden. Fechner, Treubindungen, S. 91 f. 103; Teichmann-Koehler, Anm. 6 zu § 48 AktG; Hubmann (Diss.) S. 108. Vgl. auch Knöpfel (Diss.) S. 84.

hatte. Das Ergebnis ist auch insofern eine Ausnahme, als das Reichsgericht über die geforderte Berücksichtigung aller Umstände bisher durchweg an den Tatrichter zurückverwiesen hatte.

Die Erörterung, ob eine Treupflicht für die Aktionäre untereinander bestehe, scheint die verbreitete Ansicht¹⁾ zu bestätigen, es handele sich um einen selbständigen Rechtsbegriff. Entsprechendes gilt für die Einschränkung, daß allenfalls vorsätzliche Verletzung dieser Treupflicht Schadensersatzansprüche auslösen könne. Vor einer Antwort sind die weiteren Entscheidungen zu überprüfen. Im folgenden Fall ging es um die Auswirkungen von Beleidigungen gegenüber dem Alleinvorstand der beklagten AG auf einen Vertrag der Gesellschaft mit der klagenden Aktionärin.²⁾

Der Vorwurf, so heißt es in den Urteilsgründen, treffe erfahrungsgemäß auch die Gesellschaft. Es könne ihre Stellung im Wirtschaftsleben erschüttern, daß dem Vorstand Untreue nachgesagt werde. Diese Gefahr sei besonders groß, weil der Bezichtigte geradezu den Namen präge, unter dem die Firma im Verkehr auftrete. Das Verhalten der Klägerin könne auch die vertraglichen Beziehungen der Parteien beeinflussen. Zwar würden Unstimmigkeiten persönlicher Art den Bestand von Verträgen nicht berühren, wenn diese nicht auf Dauer abgeschlossen seien, kein persönliches Zusammenwirken erforderten und daher nicht von fort=

1) A. Hueck, Treuegedanke, S. 9 ff., 12 ff. u. v. a.

2) RG JW 39, 1440 ff., V. ZS.

währendem Einvernehmen und gegenseitigem Vertrauen abhingen. Das gelte namentlich für Güterumsatzgeschäfte der vorliegenden Art. Aber der Vertrag mit der Klägerin stehe im Rahmen eines Vertrauensverhältnisses, das in besonderem Maße von Treu und Glauben beeinflusst werde. Die Erfüllung der Pflichten aus der Vereinbarung sei mit den Obliegenheiten aus dem Treueverhältnis derselben Parteien innerlich verbunden.

§ 242 BGB gelte gerade auch im Aktienrecht. Jedem Aktionär obliege eine besondere Treupflicht gegenüber der Gesellschaft.¹⁾ Es komme darauf an, ob das Vorgehen der Klägerin, das sich zugleich gegen die Beklagte richte, diese Treupflicht schuldhaft verletzt habe. Weiter sei zu prüfen, ob daraus ein Rücktrittsrecht vom streitigen Verträge erwachsen sei. Denn die Erwerbsverpflichtung der Beklagten hänge mit dem Treueverhältnis der Aktionärin zusammen. Wohl nur ihre enge Verbindung zur AG. hätten diese veranlaßt, auf längere Zeit die einseitige Verpflichtung zum Erwerb eines Hauses zu übernehmen. Dann könne aber der Beklagten nicht mehr zugemutet werden, den Vertrag zu erfüllen.

Die Argumentation des 5. Zivilsenates mit der Treupflicht entspricht den bekannten Aussagen des Reichsgerichts. Die Entscheidung des Rechtsstreits jedoch hängt davon ab, wie die als erheblich angesehenen Umstände bewertet werden.

Entsprechendes gilt für das folgende Urteil, dem

1) Bezugnahme auf RGZ 146,395.

eine Abstimmungsvereinbarung zweier Aktionäre über den größten Teil ihrer Aktien zugrunde lag. Die Beteiligten stritten vor allem über die Gültigkeit dieses Abkommens.¹⁾ Das Berufungsgericht hatte einen Verstoß gegen die guten Sitten angenommen, weil der Beklagte schlechthin den Weisungen des Klägers folgen sollte, weil die Bindung zeitlich und gegenseitig unbegrenzt sei, und weil der Beklagte nach Ansicht des Klägers sogar noch für seine Rechtsnachfolger als Inhaber der Aktien einzustehen habe. Der Aktionär müsse in der Lage sein, die Treupflicht gegenüber der AG zu erfüllen, ohne sich durch pflichtgemäße Abstimmung Schadensersatzforderungen auszusetzen.

Das Reichsgericht schwächte ab. Nur die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit im ganzen oder doch in einer übermäßigen und drückenden Weise sei sittenwidrig. Der Beklagte habe sich mit einem bestimmten Vermögensstück gebunden, nämlich seinen B-Aktien.²⁾

Er werde noch nicht wesentlich in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gehemmt. Die Bindung sei auch nicht wegen der aktienrechtlichen Treupflicht sittenwidrig.³⁾ Eine schuldrechtliche Abstimmungsvereinbarung sei mit der Treupflicht der Aktionäre vereinbar. Allerdings müsse die Abmachung nach Ge-

1) RG Dt.R. 40,244 ff. = RGZ 161,296 ff., II. ZS.
In der amtl. Sammlung ist der hier wichtige Teil nicht abgedruckt.

2) Er besaß 20 B-Aktien und 8 A-Aktien.

3) Bezugnahme auf RGZ 146,385 ff. Die Kernsätze auf S. 395 a.a.O. kehren auch in dieser Entscheidung wieder.

genstand, Zweck und den weiteren Zielen der Beteiligten im Einzelfall sorgfältig überprüft werden, besonders in der Richtung, ob die Partner rein eigensüchtige Bestrebungen zum Schaden des Unternehmens und der Minderheit verfolgen und durchsetzen wollten. Die bloße Möglichkeit mißbräuchlicher Ausnutzung der erlangten Macht genüge jedoch nicht, um dem Vertrage die Anerkennung zu versagen. Die grundsätzliche Wirksamkeit des Abkommens schließe aber dessen Unverbindlichkeit in einem konkreten Abstimmungsfall wegen der Treupflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft nicht aus.¹⁾

Die Entscheidungsgründe zeigen deutlich, wie die Rechtsprechung fortschreitend verfeinert wird. Das geschieht, indem bestimmte Umstände hervorgehoben werden. Gleichzeitig treten andere Gesichtspunkte zurück. In dieser Weise operiert das Reichsgericht auch in den letzten drei Urteilen, die das GmbH-Recht betreffen.

Im folgenden Beispiel ging es um die Befugnis der klagenden Gesellschafterin einer GmbH, selbst in den Aufsichtsrat einzutreten oder einen anderen dorthin zu entsenden.²⁾ Grundlage bildete § 11 III der Satzung, der einem Mitglied, das auf seinen Namen mindestens 1/4 der Anteile vereinte, das Recht einräumte, einen Sitz im Aufsichtsrat zu verlangen. Die Klägerin besaß mehr als 25 % des Gesellschaftskapitals.

1) Im Ergebnis wurde zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes zurückverwiesen.

2) RGZ 165,68 ff., II. ZS.

Das Reichsgericht gab der Klage statt. § 11 III der Satzung gewähre ein Entsendungsrecht. Der begünstigte Gesellschafter sei imstande, eine Person seines Vertrauens zum Aufsichtsratsmitglied zu ernennen. Aber, so schwächte der Senat ab,¹⁾ diese Befugnis stehe ihm nicht uneingeschränkt und ohne Rücksicht auf die Belange der GmbH zu. Es liefe der Treupflicht zuwider, wenn er das Recht in einer Weise ausnutze, die für die Gesellschaft die Gefahr unzumutbarer Nachteile hervorrufe. Insbesondere sei ihm eine Entsendung versagt, wenn er damit der GmbH abträgliche Ziele verfolge.

Das Berufungsgericht hatte das Begehren der Klägerin als rechtsmißbräuchlich angesehen. Sie sei Konkurrentin und werde von W. beherrscht, der die GmbH zu übernehmen trachte. Diesen Erwägungen trat das Reichsgericht entgegen. Zu Unrecht werde der Klägerin ohne weiteres unterstellt, daß sie eigensüchtige Bestrebungen durchsetzen wolle. Ihr Einfluß auf die Geschäftsführung werde sich nicht wesentlich verstärken, wenn sie ihr Entsendungsrecht nutze. Denn ihr Vertreter könne sich gegen die beiden anderen Mitglieder des Aufsichtsrates nicht entscheidend durchsetzen. Es lägen auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte vor, daß der Vertraute der Klägerin seine Pflichten verletzen werde. Jedenfalls reiche nicht aus, daß ihm die übrigen Aufsichtsratsmitglieder argwöhnisch gegenüberträten. Ein derartiges Miß-

1) RG a.a.O. S. 79 ff.

trauen könne die Klägerin niemals ausräumen. Sie werde aber durch einen grundlosen Ausschluß entrechtet. Zwar sei es möglich, daß sie die Kapitalmehrheit erwerbe und dann entscheidenden Einfluß auf die Gesellschaft nehme. Das sei jedoch unerheblich für den Eintritt ihres Vertreters in den Aufsichtsrat. Es entspreche nur der ihr eingeräumten Stellung, daß sie eine von ihr abhängige Person in den Aufsichtsrat entsende, der ihre Ansichten zur Geltung bringe.

Das Urteil ist ausführlich dargestellt worden, um zu zeigen, daß der Begriff " Treupflicht " in der ganzen Begründung nur einmal auftritt. In der entscheidenden Abwägung der gegenseitigen Bestrebungen spielt er überhaupt keine Rolle. Ähnliches gilt trotz andersartigen Sachverhalts für das folgende Beispiel,¹⁾ in dem es um die Kapitalerhöhung einer GmbH ging.

Die Kläger - eine Gruppe holländischer Mitglieder, die auch einen Geschäftsführer stellte - hatten am 28. 8. 1939 die für den 30. 8. 1939 in Köln vorge= sehene Gesellschafterversammlung telegraphisch abge= sagt. Dennoch hielt der andere Geschäftsführer und deutsche Gesellschafter M., der wie die Kläger mit 50 % am Stammkapital beteiligt war, die Versammlung wie angekündigt ab, ohne auf das Telegramm zu antwor= ten. Das Reichsgericht gab der hilfsweisen Anfechtung der Kapitalerhöhung statt.²⁾

Es führte aus, daß die Kläger nach den Umständen mit

1) RG Dt. R. 41, 1305, 1308, II. ZS.

2) Der Hauptantrag auf Feststellung der Nichtigkeit wurde zurückgewiesen, ohne mit Treubindungen zu operieren. Das Gericht argumentierte mit § 138 BGB.

einer Aufschiebung rechnen konnten. Ihr Vertrauen habe M. mißbraucht. Die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens werde auch durch erhebliches Kapitalbedürfnis der GmbH nicht ausgeräumt. Der Vertrauensmißbrauch verletze nicht nur die Treupflicht gegen seine Mitgesellschafter, sondern sei nach den gesamten Umständen als sittenwidrig zu werten. Diese Rücksichtslosigkeit verstoße gegen das gesunde Volksempfinden, selbst wenn M. zum Nutzen der Gesellschaft gehandelt habe.

Die Ausführungen verdienen insofern Beachtung, als das Reichsgericht generell die Einzelinteressen immer stärker hinter das Gesamtwohl zurückgedrängt hatte. Außerdem wird erstmals bei einer Kapitalerhöhung von der gesellschaftlichen Treupflicht gesprochen. Die zahlreichen Beispiele aus der Zeit vor 1933 verwendeten diesen Begriff noch nicht. Darauf könnte sich eine Vermutung stützen, daß die Treupflicht in der Praxis weniger von den Sachfragen, sondern mehr von der allgemeinen Rechtsentwicklung abhängt. Allerdings erwähnt das vorerörterte Urteil die Treupflicht nur in einem summarischen Satz. Das entspricht vielen anderen Beispielen. Die letzte Entscheidung, die in diesem Zusammenhang zu erwähnen ist, läßt die Treupflicht jedoch wieder deutlicher hervortreten.¹⁾

Die Klägerin war Erbin des Hauptgründers der beklagten GmbH, der als Alleininhaber 1909 die Hälfte der Anteile seinem Bruder übertragen hatte. Beide waren,

1) RGZ 167,65 ff., II. ZS.

wie auch die Klägerin, Juden.¹⁾ 1925 führte eine Satzungsänderung bevorrechtigte Anteile mit der ausschließlichen Befugnis ein, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen, abzustimmen etc. Bevorrechtigt waren die beiden Brüder mit ihrer Beteiligung von insgesamt 5000.-RM. Ihnen stand eine große Anzahl nicht begünstigter Anteile gegenüber. Vom Geschäftsergebnis gebührten 7 % den Bevorzugten an 1. Stelle, den übrigen 5 % an 2. Stelle, der Rest wieder den beiden Brüdern. Ihnen stand ein Rücklagenkonto nicht ausgeschütteter Gewinne zur Verfügung, aus dem 1931 frühere Verluste gedeckt wurden. Der entzogene Betrag von rund 63 000.-RM sollte den bevorrechtigten Anteilen bei einer Liquidation wieder zufließen. 1938 kam es zur Auflösung der GmbH. Nach Befriedigung der Gläubiger verlangte die Klägerin vorab die Hälfte der genannten Summe. Das Restvermögen machte 45 - 50 % des Nennbetrages aller Geschäftsanteile und Genussscheine aus. Bei einem Erfolg der Klage wären noch rund 30 % übriggeblieben. Aber das Reichsgericht wies ab.

Selbst wenn man annehme, so wurde ausgeführt,²⁾ daß die bevorrechtigten Gesellschafter nach der Satzung einen Anspruch auf diesen Teil des Resterlöses erlangen sollten, könne sich die Klägerin hierauf nicht stützen. Das Vorrecht, das sich die beiden Stammgesellschafter eingeräumt hätten, sei mindestens ungewöhnlich und mit dem Wesen einer GmbH kaum vereinbar.

1) Für das Reichsgericht offenbar eine erhebliche Tatsache.

2) RG a.a.O. S. 72 ff.

Besonders bedenklich erscheine, daß den meisten Mitgliedern nicht nur das Stimmrecht, sondern sogar die Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen versagt worden sei. Damit habe man ihnen jeden Einfluß abgeschnitten. Die Stammgesellschafter seien trotz ihrer geringen Beteiligung die alleinigen Herren gewesen. Letztlich könne aber die Gültigkeit der Beschlüsse dahinstehen. Jedenfalls bestehe für die derart Begünstigten eine ganz besondere Treupflicht gegenüber den anderen Beteiligten, deren Vermögen sie mitverwalteten. Auf Grund dieser Treupflicht sei den Bevorrechtigten schon damals zuzumuten gewesen, die rund 63 000.-RM endgültig der Gesellschaft zu überlassen. Nach Lage der Dinge sei es jedoch mit der Treupflicht völlig unvereinbar, wenn sie diesen Rest ihres an sich bereits übermäßigen Gewinns unter dem Scheine des Rechts, doch zum Nachteil der anderen Mitglieder, auch für die Zukunft sicherstellen wollten. Deren Einlagen seien durch die Verluste der letzten Jahre immer stärker in Gefahr geraten. Dieses gesamte Geschäftsgebahren verstoße gegen die guten Sitten. Das Reichsgericht führte weiter aus, daraus folge keine Nichtigkeit des Gesellschaftsbeschlusses. Aber auch ohne Anfechtung widerspreche es dem gesunden Volksempfinden, der Klägerin noch Ansprüche zuzubilligen. Ihrem Begehren stehe daher mindestens der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, des Mißbrauchs einer formellen Rechtsstellung entgegen.

IV. Zusammenfassung.

Die Entscheidungen, in denen von einer gesellschaftlichen Treupflicht die Rede ist, sind durchweg sehr ausführlich dargestellt worden. Das war notwendig, weil erst die Einzelheiten der Begründung eine genaue Analyse ermöglichen. Zur Erläuterung der Treupflicht in der Praxis des Aktien- und GmbH-Rechtes werden im Schrifttum meist nur die Kernsätze aus den Urteilen im 146. Band der amtlichen Sammlung zitiert. Aber die Akzente sind nicht in allen Beispielen gleichmäßig gesetzt. Die Zusammenhänge, in denen mit der Treupflicht operiert wird, wechseln von Fall zu Fall.

Zieht man an dieser Stelle eine kurze Zwischenbilanz, so ist vorab zu wiederholen, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung erstmals und maßgeblich im Aktienrecht mit der Treupflicht argumentiert hat.¹⁾

Die Formeln für Aktionäre wurden später auf Gesellschafter einer GmbH übertragen. Diese Entwicklung mag in Anbetracht der heute im Schrifttum herrschenden Tendenzen überraschen.²⁾ Sie wird jedoch eigenartig bestätigt durch den im GmbH-Recht zu findenden Rückschluß von der Treupflicht des Aktionärs.³⁾

Die höchstrichterlichen Entscheidungen, die den Begriff Treupflicht in den hier erörterten Gesell=

1) RGZ 146, 71 ff. und 385 ff.

2) Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB u.v.a.

3) Vgl. Baumbach-Hueck, Übers. vor § 13 GmbHG. Anm. 2 B.

schaftsformen wörtlich verwenden, sind nicht so zahlreich, wie es zunächst scheinen mochte. Erst recht wird die Treupflicht nur selten in den Mittelpunkt der Argumentation gerückt.¹⁾ Sie ist in sämtlichen Beispielen eng mit allgemeinen Klauseln jeder Art verflochten. Schon deshalb läßt sich der Begriff " gesellschaftliche Treupflicht " in der Rechtsprechung schwerlich isolieren. Zusammenfassend sind vor allem Treu und Glauben, gute Sitten, Rechtsmißbrauch, Unzumutbarkeit, wichtiger Grund sowie das Gleichbehandlungsgebot zu nennen. Bei weiteren typischen Formeln ist der Einfluß nationalsozialistischer Weltanschauung unverkennbar. Aber nicht nur die Vielzahl generalisierender Klauseln ist charakteristisch. Ein konkreter Gesichtspunkt, der ständig wiederkehrt, ist z. B. das Betriebsergebnis. Das Reichsgericht bezieht die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend in die Argumentation ein. Damit ist bereits angedeutet, daß entscheidend auf die besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles abgestellt wird. Mehrere Urteile betonen ausdrücklich, daß alle Umstände zu berücksichtigen sind. Deren Abwägung steht im Mittelpunkt der Begründung. Das typische Ergebnis ist, daß der Rechtsstreit zur weiteren tatsächlichen Aufklärung zurückverwiesen wird. Nur eine Minderheit der genannten Urteile beendete den Prozeß.

Demnach wechseln zwar die Begriffe, mit denen die ge-

1) Etwa RGZ 146, 385 ff., 395.

gesellschaftliche Treupflicht verknüpft wird. Konstant bleibt jedoch der Übergang zu den Umständen des Einzelfalles, von denen das Ergebnis abhängt. Die Schlußfolgerung liegt nahe, daß die Treupflicht für den Richter ein Hilfsmittel ist, um - über die gesetzliche Regelung hinausgreifend - zu den besonderen Sachzusammenhängen vorzustoßen. Das erklärt auch, warum einzelne, aus ihren Beziehungen gelöste Treupflichtsätze kein repräsentatives Bild der Praxis vermitteln können. Eine isolierte Betrachtung einzelner Aussagen verleitet nur zu begrifflichen Konstruktionen, die jedenfalls der Rechtsprechung des Reichsgerichts fremd sind.

Die aufgezeigten Momente sind keineswegs nur für solche Entscheidungen charakteristisch, die mit Treupflichten operieren. Besonders in einigen Fällen, die sich mit dem Recht auf Auskunft und Einsicht befassen und bisweilen mit der gesellschaftlichen Treupflicht in Verbindung gebracht werden, lassen sich Parallelen aufzeigen.

Sie kommen sehr deutlich in einem bereits erwähnten Urteil zum Ausdruck, das sich in erster Linie mit dem wichtigen Grund zur Auflösung einer GmbH auseinandersetzt.¹⁾ In diesem Zusammenhang argumentierte das Reichsgericht mehrfach mit der gesellschaftlichen Treupflicht. Beim Recht auf Bücher-einsicht²⁾ fällt der Begriff " Treupflicht " jedoch

1) RG HRR 40, 1359 = SeuffA 95 Nr. 2 = Warn.Rspr. 41, Nr. 100, II. ZS.

2) Dieser Teil ist nur in HRR und SeuffA a.a.O. abgedruckt.

nicht. Das GmbH-Gesetz - so heißt es - gewähre eine solche Befugnis nur innerhalb der Gesellschafterversammlung.¹⁾ Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen²⁾ folge zwar eine Pflicht des Geschäftsführers, die Bilanzunterlagen eine angemessene Zeit vor der Beschlufsfassung zur Prüfung auszulegen. Aber nur bei einer " ganz besonderen Sachlage " könne " unter besonderen Umständen " ein Gesellschafter auch sonst Vorlage verlangen. Er müsse jedoch in jedem Fall zurücktreten, wenn berechnigte Belange der Gesellschaft oder gar der Allgemeinheit entgegenständen. In diese Argumentation würde sich eine gesellschaftliche Treupflicht reibungslos einfügen.³⁾ Das läßt sich ebenso schon für manche Entscheidungen des 1. Abschnitts sagen, die viele der genannten Klauseln in ähnlicher Weise verwerten und auf die Umstände des Einzelfalles abstellen. Zwar kommt das meist nicht so deutlich zum Ausdruck wie später. Aber die Methode weist keine grundsätzlichen Unterschiede auf.

1) Die Begründung lehnte sich eng an ältere Entscheidungen an. Vgl. RGZ 49, 141 ff., I. ZS.

2) Es wird nicht gesagt, welche gemeint sind.

3) Vgl. z. B. auch RG Dt.R. 42, 279 Nr. 10. II. ZS.

3. Abschnitt.

Die Nachkriegsrechtsprechung.

Die folgenden Beispiele sollen zeigen, in welchem Maße die Rechtsprechung nach 1945 die gesellschaftliche Treupflicht beibehalten hat. Das Schrifttum ist zurückhaltender geworden und sieht sich dabei im Einklang mit der Entwicklung in der Praxis. Von den Übersteigerungen nach 1933, so heißt es, sei die Rechtsprechung wieder auf ein vernünftiges Maß zurückgekehrt. Das erweise sich vor allen Dingen darin, daß der Bundesgerichtshof "echte" Treupflichten des Aktionärs nicht mehr anerkenne.¹⁾ Im übrigen nimmt man an, daß in der Praxis überhaupt seltener mit der Treupflicht argumentiert werde, da dieser Rechtsbegriff nach 1933 entwertet worden sei.²⁾ Es ist selbstverständlich, daß die neuere Rechtsprechung von den Ausführungen des Reichsgerichts abgerückt ist, soweit sie von nationalsozialistischer Ideologie beeinflusst waren. Die übrigen Thesen aber lassen sich nicht ohne weiteres bestätigen. Dazu bedarf es einer Überprüfung der einzelnen Urteile, in denen die Nachkriegsrechtsprechung mit Treupflichten operiert hat.

1) Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB; vgl. auch Schmiot in Großkom. Anm. 8 b zu § 1 AktG.

2) Staud.-Geiler-Keßler 36 a vor §§ 705 ff. BGE u.v.a.

I. Ausschluß von Gesellschaftern.

Ein Schwerpunkt der einschlägigen Praxis liegt bei der Ausschließung von Gesellschaftern aus der GmbH. Das grundlegende Urteil stammt aus dem Jahre 1953.¹⁾ Beklagte war eine GmbH, die sich seit dem 1. Juli 1952 in Liquidation befand. Am 30. Juni 1952 hatten Gesellschafter mit Geschäftsanteilen von zusammen 30 000.- RM die mit 60 000.- RM beteiligte Klägerin ausgeschlossen. Sie beriefen sich auf einen wichtigen Grund. Die Parteien stritten über die Rechtmäßigkeit dieses Beschlusses.

Der BGH gab der Klage statt. Er ließ jedoch mit ausführlicher Begründung die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grunde zu. Nur sah das Gericht im konkreten Fall keinen Anlaß, das Vorliegen eines wichtigen Grundes näher zu prüfen.²⁾ Wichtig ist die Begründung, die sich eingehend mit den sehr unterschiedlichen Ansichten auseinandersetzt. Zunächst weist der BGH darauf hin, daß ein starkes und dringendes Bedürfnis bestehe, eine Ausschließung zuzulassen.³⁾ Wenn ein Gesellschafter die satzungsmäßigen Eigenschaften verloren, seine Mitgliedschaft erschlichen oder sich sonst als untragbar erwiesen habe, müsse es möglich sein, diesen Streifenfried aus

1) BGHZ 9, 157 ff., II. ZS. = LM 1 zu § 34 GmbHG mit Anm. Fischer = NJW 53, 780 ff. = MDR 53, 347 ff. = JZ 53, 513 (IS.) = Betr. 53, 373 ff. = BB 53, 332 ff. = GmbHR 53, 72 ff. mit Anm. Scholz.

2) BGHZ 9, 179.

3) BGH a.a.O. S. 159, 160.

der Gesellschaft zu entfernen und das Unternehmen mit allen Werten sowie die vorhandenen Arbeitsplätze zu retten. Es sei für die übrigen Gesellschafter unzumutbar, entweder Auflösungsklage zu erheben und damit ihr eigenes Lebenswerk zu zerstören - was vielleicht gerade den Absichten des anderen entspreche - oder dessen abträgliches Verhalten weiter hinzunehmen.

Der BGH lehnt die bisher entwickelten Lösungen ab.¹⁾

Die Ansicht des Reichsgerichts, die Möglichkeit des Ausschlusses müsse als stillschweigend im Gesellschaftsvertrag vereinbart gelten, wird als Überbeanspruchung des Parteiwillens verworfen. Die von Scholz in Anlehnung an § 34 GmbHG gegebene Begründung wird ebenso zurückgewiesen wie die von A. Hueck vorgeschlagene Analogie zu §§ 737 BGB, 140 HGB.²⁾ Der BGH entnimmt den tragenden Gesichtspunkt einem allgemeinen Rechtsprinzip,³⁾ das in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften seinen Niederschlag gefunden habe, z. B. in den §§ 626, 737 BGB u.v.a. Alle genannten Bestimmungen ließen eine Lösung aus wichtigem Grund bei auf Dauer angelegten Rechtsverhältnissen zu, die stark in die Lebensbetätigung der Beteiligten eingriffen oder eine besonders enge Interessenverflechtung bedingten, die persönliche Zusammenarbeit, gutes Einvernehmen oder ein ungestörtes, gegenseitiges Vertrauen erforderten. Diese Rechtsgründe für die Ausschließung seien bei der

1) BGH a.a.O. S. 160, 161.

2) Scholz, Ausschließung (3) S. 30 ff.; Dt.R. 42, 1667 ff. A. Hueck Betr. 51, 108; NJW 51, 719 (Anm.).

3) BGH a.a.O. S. 161 ff.

GmbH in erheblichem Maße gegeben.¹⁾

Auch (!) aus der Treupflicht, so heißt es dann weiter, lasse sich trotz Schweigens der Satzung die Zulässigkeit eines Ausschlusses ableiten.²⁾ Zwar bestehe anders als bei der OHG kein Gemeinschaftsverhältnis. Die Beziehungen eines Mitgliedes zur GmbH und zu seinen Mitgesellschaftern seien jedoch nicht rein kapitalistisch, sondern auch persönlicher Art. Ihnen obliege deshalb " eine echte, nicht bloß den Grundsatz von Treu und Glauben beinhaltende Treupflicht ". Je nach der Ausgestaltung des Innenverhältnisses treffe die Mitglieder der GmbH die Pflicht, sich persönlich für die Belange der Gesellschaft einzusetzen oder alles zu unterlassen, was deren Interesse schädigen könne. Wer diese gesellschaftliche Verbundenheit störe, mache sich untragbar. Das gelte ohne Rücksicht auf Pflichtverletzung und Verschulden; der wichtige Grund könne auch in persönlichen Eigenschaften und äußeren Umständen liegen. Insofern dürfe die Ausschließung auch weder zu einer Schädigung des Betroffenen noch zu einer Bereicherung der übrigen Gesellschafter führen.³⁾

Dieses wichtige Urteil des BGH;⁴⁾ auf das in den fol-

-
- 1) BGH a.a.O. S. 163: Dagegen bestehe für eine Ausschließung von Aktionären aus wichtigem Grunde kein Bedürfnis. Bestätigt von BGHZ 18,365. II. ZS.
 - 2) BGH a.a.O. S. 163/4. Bezugnahme auf RGZ 169,334. Vgl. auch Scholz, Ausschließung S. 22, 32 und neuerdings Wolany, Rechte u. Pflichten S. 110 f.
 - 3) Der BGH befaßt sich dann mit der Durchführung des Ausschlusses. A.a.O. S. 164 - 179. In diesem Abschnitt wird nicht mehr von Treupflicht gesprochen.
 - 4) Die Entscheidung wurde zunächst häufig kritisiert. Vgl. z. B. Buchwald BB 53,457 ff.; Schilling JZ 53, 489 ff., aufgegeben JZ 55,331, (Arm.) Heute wird der Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grunde fast allgemein gebilligt. Vgl. Scholz Rn. 65 zu § 15 GmbHG.

genden Beispielen immer wieder Bezug genommen wird, schwächt den Treupflichtgedanken einerseits ab. Treugender Grund scheint die Rechtsanalogie zu sein. Die Treupflicht wird in eine subsidiäre Rolle gedrängt. Andererseits stellen die umschreibenden Sätze diesen Gedanken besonders heraus. Der BGH nennt die Treupflicht als Rechtsgrundlage für die Ausschließung¹⁾ und hebt sie ausdrücklich von Treu und Glauben ab. Die Treupflicht wird auch nicht unmittelbar - wie durchweg vom Reichsgericht - mit Rechtsmißbrauch, Sittenwidrigkeit etc. zu einem einheitlichen Komplex verbunden. Allerdings gilt das nur bei einer isolierenden Sicht des betreffenden Absatzes. In der Sache bleibt festzuhalten, daß die Rechtsprechung den Ausschluß von Gesellschaftern aus einer GmbH, den das Gesetz nicht vorsieht, ermöglicht hat. Der BGH bestätigt die Entscheidung des Reichsgerichts,²⁾ wenn auch mit anderen Argumenten. Die Voraussetzungen für den Ausschluß werden in den folgenden Urteilen präzisiert und ergänzt. Zunächst verfeinerte der BGH seinen Standpunkt in dem Sinne, daß die Ausschließung eines Gesellschafters nur das letzte, äußerste Mittel sein dürfe und dann nicht in Frage komme, wenn die Mißstände auf andere Weise zu beseitigen seien.³⁾ Das folge aus der Treupflicht und aus der besonders einschneidenden Wirkung eines sol-

1) Wolany, Rechte u. Pflichten S. 110/1, versteht danach die Treupflicht als Erduldungspflicht, d. h. als Pflicht, die Ausschließung zu dulden.

2) RGZ 169,330 ff., II. ZS.

3) BGHZ 16,317 ff., 322, II. ZS. = JZ 55,330/1 mit Anm. Schilling; erneut Bezugnahme auf RGZ 169,334.

chen Schrittes. Mit der weiteren Einschränkung, daß die Ausschließung dann zu versagen sei, wenn das Verhalten des anderen Gesellschafters die begehrte Maßnahme nicht rechtfertige, wird der Grundsatz der Gleichbehandlung angesprochen.

Die beiden letzten Entscheidungen, die in diesem Zusammenhang zu nennen sind, erwähnen die Treupflicht nicht mehr. Bei einer Zweimann-GmbH legte der BGH eingehend dar, daß ein Ausschluß dann abzulehnen sei, wenn in der Person des betreibenden Gesellschafters Umstände vorliegen, die seine Entfernung aus der GmbH oder deren Auflösung rechtfertigen.¹⁾ Das gelte überhaupt, wenn sein eigenes Verhalten zu einer anderen Beurteilung des von der Ausschließung bedrohten Mitgliedes führen könne.²⁾ Überwiegendes Verschulden allein genüge für den Ausschluß dieses Gesellschafters noch nicht. Schließlich ist zu erwähnen, daß der BGH es abgelehnt hat, dem Käufer eines GmbH-Anteils, der erst einen schuldrechtlichen Anspruch erworben habe, beim Vorliegen von Ausschließungsgründen dieselben rechtlichen Garantien wie einem Gesellschafter zu geben.³⁾

Die neueren Urteile deuten an, daß die Rechtsprechung im Umgang mit der gesellschaftlichen Treupflicht zurückhaltender geworden ist, obwohl sich die Art der Argumentation im übrigen kaum geändert hat.

1) BGHZ 32, 17 ff., 30 ff., II. ZS. Auf S. 29 wird am Rande von einem Verstoß gegen die Gesellschaftertreue gesprochen.

2) Keine ausdrückliche Erwähnung des Gleichheitsgebotes.

3) BGHZ 35, 272 ff., 280 ff., II. ZS.

II. Kapitalerhöhung und Umwandlung.

Der ersten Entscheidung, die in diesem Zusammenhang zu erwähnen ist, lag das Bestreben der Mehrheit zugrunde, die Umwandlung der Gesellschaft in eine andere Rechtsform vorzubereiten.¹⁾

Die Mitgliederversammlung der beklagten GmbH beschloß eine Neufassung des Gesellschaftsvertrages. Unter anderem sollte eine Bestimmung fortfallen, die Satzungsänderungen und Auflösung der Gesellschaft an eine Mehrheit von 9/10 der abgegebenen Stimmen knüpfte. Der Beschluß wurde mit einer Majorität gefaßt, die knapp unter 90 % lag. Der Kläger, der gegen den Antrag gestimmt hatte, erhob Anfechtungsklage. Die GmbH erwiderte u.a.²⁾, daß der Kläger mit seinem Verhalten die gesellschaftliche Treupflicht verletze. Er wolle die wirtschaftlich gebotene Umwandlung in eine AG verhindern, obwohl die Rechtsform der GmbH nicht mehr der Größe und dem Kreditbedürfnis des Unternehmens entspreche. Nur erweiterte Möglichkeiten zur Kapitalbeschaffung könnten die Gesellschaft krisenfest machen. Die notwendige Beteiligung kapitalkräftiger Kreise scheitere an der geringen Sperrminorität.

Das OLG Hamburg als Berufungsgericht³⁾ erblickte zwar in Treu und Glauben eine Schranke für die Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen. Es reiche jedoch nicht aus, daß der Kläger keine Interessen der Gesellschaft

1) BGHZ 14, 25 ff., II. ZS.

2) In erster Linie bestritt die Beklagte die Sachbefugnis des Klägers. BGH a.a.O. S. 27/8, 30 - 35.

3) GmbHR 53, 90 = JZ 53, 405 mit Anm. Schilling.

wahrnehme. Vielmehr müsse ein gröblicher Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegen. Ein solcher Fall sei gegeben, wenn ein Gesellschafter ohne jedes sachliches Interesse der GmbH selbstsüchtig seinen Willen aufzwingen wolle. Allein in der Stellungnahme des Klägers zu dem satzungsändernden Beschluß sei jedoch kein treuwidriges, mit seiner Stellung als Gesellschafter unvereinbares Verhalten zu erblicken. Denn seine Gruppe befinde sich in der Minderheit und könne nicht auf die Geschäftsführung einwirken. Nur § 6 II des Gesellschaftsvertrages, der für Satzungsänderungen eine 9/10 Mehrheit fordere, gebe dem Kläger eine gewisse Möglichkeit, seine Rechte zu wahren. Es könne nicht mißbilligt werden, wenn er sich diese Stellung erhalten, insbesondere der Umwandlung in eine AG begeben wolle. In dieser Gestalt möge das Unternehmen größere Aussichten haben. Der Geschäftsabschluß für 1951¹⁾ zeige aber, daß auch in der bestehenden Rechtsform befriedigende Ergebnisse möglich seien. Das Verhalten des Klägers könne unter diesen Umständen nicht als treuwidrig bewertet werden, zumal die Beklagte nicht gewillt sei, ihm für die Aufgabe seiner Rechte einen Ausgleich zu gewähren.

Das Urteil bleibt zwar in seinen allgemeinen Ausführungen auf der Linie des Reichsgerichts.²⁾ Der Akzent hat sich jedoch insofern verschoben, als den berechtigten Interessen des einzelnen Gesellschafters mehr Raum gewährt wird. In dem Revisionsurteil kommt

1) Die Entscheidung stammt vom 23. 12. 52.

2) Schilling a.a.O. kritisiert die Bezugnahme auf RGZ 146, 385 ff.

das noch deutlicher zum Ausdruck.

Der BGH bestätigte, daß der Einwand des Rechtsmißbrauchs unbegründet sei.¹⁾ Zwar dürfe niemand sein Stimmrecht mit dem Ziel ausüben, gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erreichen und die Gesellschaft zu schädigen. Dies gelte für die AG²⁾ wie für die GmbH. Auch die Treupflicht setze dem Stimmrecht Schranken. Sie sei für die Mitglieder einer GmbH stärker als bei Aktionären. Denn deren Beziehungen untereinander und zur AG seien lockerer. Aber weder die Aktionäre noch die Mitglieder einer GmbH seien gehalten, ihre eigenen Interessen hinter die der Gesellschaft zurückzustellen.³⁾ Wie schon das Berufungsgericht betonte der BGH, daß der Kläger seine Minderheitsrechte nicht deshalb aufgeben müsse, weil die Mehrheit eine Umwandlung der GmbH in eine AG beabsichtige und dies - wenn auch zu Recht - für vorteilhaft halte. Im übrigen habe der angefochtene Beschluß die Satzungsänderung noch nicht verwirklichen, sondern nur vorbereiten sollen. Zunächst sei es darum gegangen, die Minderheit zu entmachten. Weder die Stimmabgabe des Klägers noch seine Anfechtungsklage könnten unter diesen Umständen als gesellschaftswidrig, als Verletzung der Pflicht zur Gesellschaftstreue oder allgemein als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen werden. Ob ein Rechtsmißbrauch nur dann vorliege, wenn der Gesellschafter mit seiner Anfechtungsklage ohne jedes sachliche In-

1) BGHZ 14, 37 - 39.

2) §§ 101 I, 197 AktG. (1937)

3) Vgl. dazu neuerdings z. B. Wolany, Rechte u. Pflichten S. 106/7.

teresse der Gesellschaft seinen Willen aufzwingen wollte, könne dahinstehen.

Ohne mit der Argumentation des Reichsgerichts in bezug auf die gesellschaftliche Treupflicht zu brechen, wird also der Minderheit, überhaupt den einzelnen Gesellschaftern, wieder mehr Spielraum gewährt. Ihre Rechte erscheinen durch die neuere Rechtsprechung gestärkt. Das Reichsgericht hatte zuletzt die Individualinteressen fast völlig hinter das Wohl der Gesellschaft zurücktreten lassen.

Die folgende Entscheidung des OLG Stuttgart befaßte sich mit einer Frage, die schon die ältere Rechtsprechung weitgehend und ohne Bezugnahme auf Treupflichten geklärt hatte.¹⁾

Der Kläger war Gesellschafter der beklagten GmbH, an deren Stammkapital er mit 10 % beteiligt war. Die übrigen Mitglieder waren J. und dessen Familienangehörige. Diese gründeten 1953 die KG J & Co. 1954 beschloß die Gesellschafterversammlung gegen den Widerspruch des Klägers, das Stammkapital um 50 % zu erhöhen und zur Übernahme die Firma J & Co zuzulassen; außerdem, den durch die Kapitalerhöhung geschaffenen Anteilen doppeltes Stimmrecht und Anspruch auf eine Vorzugsdividende von 7 % zu gewähren.

Das OLG kam zu dem Ergebnis, daß die Beschlüsse einen nach Zweck und Beweggrund sittenwidrigen Machtmißbrauch darstellten und begründete diese Auffassung wie folgt.

1) OLG Stuttgart JR 55,463 ff. mit Anm. Scholz.

Die Firma J. & Co. sei in Wirklichkeit keine außenstehende Geldgeberin der Beklagten, sondern diene den Mehrheitsgesellschaftern nur dazu, ihre eigenen Interessen zu verbergen. Was diese für die KG J. & Co. erstrebten, wollten sie in Wirklichkeit für sich selbst. Wenn sie auch formalrechtlich nicht mit der Firma J. & Co. gleichzusetzen seien, so doch tatsächlich und wirtschaftlich. Sie blieben ein Glied der Gesellschaft und hätten die Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis zu wahren. Das sei nicht geschehen. Vielmehr hätten sie gegen den das GmbH-Recht beherrschenden Grundsatz der Gleichbehandlung aller Mitglieder verstoßen, indem die Mehrheit sich selbst unter der Decke von J. & Co. zur Übernahme zugelassen und den Kläger als einzigen Gesellschafter ausgeschlossen habe. Außerdem sei die Treupflicht verletzt, die den Mitgliedern einer GmbH obliege und nicht nur den Grundsatz von Treu und Glauben umfasse. Denn die Beziehungen des Gesellschafters zur GmbH seien nicht ausschließlich kapitalistischer, sondern auch persönlicher Art. Diese Treupflicht verlange insbesondere die Unterlassung von Maßnahmen, die einen Mitgesellschafter in grob gesellschaftswidriger Weise schädigten. Es wird ausgeführt, daß sich die Stellung des Klägers in der GmbH durch den willkürlichen, vollständigen Ausschluß von dem Erwerbe der neuen Geschäftsanteile erheblich verschlechtere. Zudem wolle sich die Mehrheit ohne schutzwürdige Belange durch die Ausgestaltung der neuen Kapitalanteile weitere Vorteile

auf Kosten des Klägers verschaffen. Ihr ganzes Verhalten beweiße, daß nach einem sorgsam vorbereiteten Plan der Kläger entrechtet werden solle, um zu seinen Lasten Sondervergünstigungen zu erreichen. Das verletze das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.

Scholz stimmt in seiner Anmerkung¹⁾ dem Urteil zu, vor allem den Ausführungen zur Treupflicht und der Annahme einer Sittenwidrigkeit. Er unterscheidet nicht systematisch zwischen beiden Gesichtspunkten. Entsprechendes gilt für das OLG Stuttgart. Jedoch gehört diese Entscheidung zu den wenigen Beispielen, in denen die Treupflicht gegen Treu und Glauben abgehoben wird. Im übrigen verknüpft das Urteil die gesellschaftliche Treupflicht in besonders vielfältiger Weise mit anderen Formeln. Vorrangig ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu nennen. Die Treupflicht wird nur zusätzlich „außerdem“ eingeführt. Eine neuere Entscheidung des BGH befaßt sich in dem entsprechenden Teil ausschließlich mit dem Gleichheitsprinzip.²⁾ Das Gericht bestätigt die Zulässigkeit einer ungleichen Behandlung, wenn diese nicht sachfremd oder willkürlich sei. Die beschlossenen Maßnahmen werden an den erheblichen Gesichtspunkten des konkreten Falles gemessen und als sachlich gerechtfertigt erklärt. Von Treupflicht ist nicht die Rede.

1) Scholz JR 55,465. Vgl. auch Scholz, Kom. z. GmbHG. Anm. 10 - 12 zu § 55.

2) BGHZ 33,175 ff., 180 ff., II. ZS.

III. Recht auf Information.

Das Reichsgericht hat sich in diesem Komplex mit Treupflichten sehr zurückgehalten, auch in der Zeit von 1933 - 1945. Die Praxis hatte das Recht auf Auskunft und Einsicht bereits offen, d. h. ohne starre Schranken entwickelt, ehe sich die Treupflichtvorstellungen durchsetzten. Sie erschienen zur Begründung, die schon ausreichend abgesichert und gefestigt war, nicht mehr erforderlich. Deshalb mag es überraschen, daß die Nachkriegsrechtsprechung hier mit der gesellschaftlichen Treupflicht operiert hat.

Das OLG Hamm verzichtete 1949 noch auf diesen Gesichtspunkt.¹⁾ Es leitete das Recht auf Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere aus § 46 I 1,5,6 GmbH-Gesetz in Verbindung mit dem nach § 157 BGB auszulegenden Gesellschaftsvertrag ab. Ohne diese Befugnis sei eine Prüfung und ggfs. eine Bestätigung der Richtigkeit der von den Geschäftsführern aufgestellten Bilanz nicht möglich, § 46 I 1 GmbHG. Die ältere Rechtsprechung gestehe nur im Einzelfall bei einer besonderen Sachlage Ausnahmen zu. Jedoch sei ein Recht auf Einsicht außerhalb der Mitgliederversammlung fortschreitend dann gewährt worden, wenn von dieser Kontrolle die ordnungsmäßige Ausübung des Stimmrechts bei der Feststellung der Bilanz und der Entlastung der Geschäftsführer abhängen.²⁾ Soweit die in § 46 GmbHG genannten Angelegenheiten in Betracht kämen, würden

1) NJW 49,790 = GmbHR 49,80 f.

2) Bezugnahme auf RG HRR 40, 1359 und Dt.R. 42,279 ff.

also keine sehr strengen Anforderungen an die besondere Sachlage im Einzelfall gestellt.

Der BGH nahm 1954 grundsätzlich Stellung.¹⁾

Der Kläger war mit 25 % an der beklagten GmbH beteiligt. Die Gesellschaft erklärte sich 1952 nach einem Betriebsprüfungsverfahren bereit, Steuernachforderungen pauschal durch Zahlung von 300 000.- DM abzugelten. Der Kläger beantragte Einsicht in die mit der Betriebsprüfung zusammenhängenden Akten sowie Auskunft über die dem Pauschalierungsabkommen mit der Finanzverwaltung zugrunde gelegten Tatbestände.

Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung, so legte der BGH zunächst dar, könne nicht geschlossen werden, daß dem Mitglied einer GmbH außerhalb der Gesellschafterversammlung überhaupt keine Kontrollrechte zuständen. Aus dem Wesen der GmbH ergebe sich das jedenfalls nicht. Es sei weitgehend anerkannt, daß - unter bestimmten Voraussetzungen - nach Treu und Glauben das Recht bestehe, sich gewisse Geschäftsunterlagen auch außerhalb der Gesellschafterversammlung vorlegen zu lassen. Dieses Befugnis könne das Mitglied allerdings nicht uneingeschränkt und jederzeit ausüben; das würde zu einer unerträglichen Erschwerung des Geschäftsbetriebes führen und die Bedeutung der Gesellschafterversammlung mindern. Andererseits sei keineswegs erforderlich, daß die Aufklärung für den Antragsteller unbedingt notwendig erscheine, um überhaupt eine ordnungsmäßige Ausübung des Stimmrechts zu gewährleisten. Vielmehr sei ausreichend,

1) BGHZ 14,53 ff., II. ZS. = LM Nr. 2 zu § 45 GmbHG mit Anm. Fischer.

aber auch unerlässlich, daß besondere Umstände vorlägen, die für den Gesellschafter einen wichtigen Grund zur Prüfung der Bücher und sonstigen Aufzeichnungen bildeten. Entscheidend komme es auf die besonderen Verhältnisse der GmbH an. Ein persönliches Recht auf Einsicht sei umso eher gerechtfertigt, je mehr sich die GmbH ihrem Wesen nach einer Personalgesellschaft annähere.

Der BGH befaßte sich dann mit der Struktur der beklagten Gesellschaft. Insbesondere die geringe Anzahl von Mitgliedern näherte die GmbH einer Personalgesellschaft, deren Wesen u. a. durch ein zwischen den Gesellschaftern bestehendes Treueverhältnis gekennzeichnet werde; daraus folgten auch für die Beklagte erhöhte Treueverpflichtungen gegenüber den Mitgliedern. Die Feindschaft unter den Gesellschaftern und die Tätigkeit des Klägers in einem Konkurrenzunternehmen stehe nicht entgegen. Vielmehr spreche gerade der Ausschluß von der Geschäftsführung für ein weitreichendes Kontrollinteresse des Klägers. Die Höhe der Steuerpauschalierung mache diese Angelegenheit für ihn als Gesellschafter bedeutsam. Die Auswirkungen dieser Belastung rechtfertigten sein Verlangen nach Aufklärung. Zwar folge aus der Treueverpflichtung gegenüber der GmbH, daß die Mitglieder deren Belange schonend behandeln müßten. Treu und Glauben markierten deshalb für das Recht auf Vorlage und Einsicht dort eine Schranke, wo überwiegende Interessen der Gesellschaft oder gar der Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen würden. An einer solchen Darlegung der Beklagten fehle es jedoch.

Die Beschäftigung des Klägers in einem Konkurrenzbetrieb sei unerheblich. Denn es gehe nicht um Unterlagen, die aus wettbewerblichen Gründen geheimzuhalten seien. Außerdem habe man ihm trotz dieser Tätigkeit bis 1949 Einsicht gewährt. Für den Anspruch auf Auskunft, so führte der BGH weiter aus,¹⁾ begründeten ähnliche Erwägungen ein entsprechendes Ergebnis. Die Praxis habe den Grundsatz entwickelt, daß in bestehenden Rechtsverhältnissen gemäß § 242 BGB unter besonderen Umständen Auskunft verlangt werden könne. Ein solcher Umstand sei die Annäherung der GmbH nach ihrer Struktur an eine Personalgesellschaft. Nach Lage des Einzelfalles bestehe auch ein wichtiger Grund für das Auskunftsbegehren. Der Kläger habe ein berechtigtes Interesse an einer erschöpfenden Aufklärung der Vorgänge, denn das Verschweigen der Ursachen für die hohe Nachzahlung gebe ihm Anlaß zum Mißtrauen.

Das ausführlich begründete Urteil ist als Treupflichtbeispiel sehr charakteristisch. Der BGH wägt im Einzelfall die erheblichen Gesichtspunkte ab. Jedenfalls wird den Gesellschaftern einer GmbH grundsätzlich ein Recht auf Auskunft und Einsicht gewährt. Spätere Entscheidungen können sich auf den speziellen Rechtsstreit beschränken. Daraus folgt allerdings auch, daß kaum noch mit der Treupflicht operiert wird. Dieser Begriff ist für die Entwicklung und die Abwägung der konkret erheblichen Umstände entbehrlich. Eine Bezugnahme auf die oben behandelte Entscheidung ge-

1) BGH 14,59/60.

nügt.¹⁾

Zusammenfassend läßt sich für die Gesellschaften m.b.H. feststellen, daß die neuere Rechtsprechung auf dem Wege des Reichsgerichts fortschreitet. Die Rechte der Mitglieder auf Auskunft und Einsicht erscheinen jedoch gestärkt. Bemerkenswert ist, daß erstmalig der BGH in diesem Komplex mit Treupflichten operiert. Die Ausführungen des Reichsgerichts hatten zwar im übrigen ähnlich gelautet, die Treupflicht aber nicht wörtlich genannt. Allerdings steht dieser Begriff auch beim BGH nicht im Mittelpunkt. Das entspricht den Beobachtungen in anderen Bereichen. Nun ist zu beachten, daß für die Mitglieder einer GmbH das Recht auf Auskunft nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist. Ganz anders ist die Situation für Aktiengesellschaften. § 112 des Gesetzes von 1937 schuf erstmals eine positive und zwingende Regelung.²⁾ Diese Vorschrift hat sich nicht als hinreichend erwiesen.³⁾ Das neue Aktiengesetz hat wesentliche Erweiterungen eingeführt.⁴⁾

Das Vorliegen einer gesetzlichen Regelung wirkt sich auf die Argumentation der Gerichte aus. Zwei Beispiele der neueren Rechtsprechung des BGH mögen das verdeutlichen.

Im ersten Fall hatte der klagende Minderheitsaktionär

1) Auch die Literatur geht über dieses Urteil praktisch kaum hinaus. Scholz Rn. 2 zu § 45 GmbHG; Baumb.-Hueck, Anm. 2 F, G zu § 45 GmbHG; vgl. auch Hachenburg-Schmidt, Anm. 56 zu § 45 GmbHG.

2) Schmidt in Großkom. Anm. 9 zu § 112 AktG.

3) Zur Praxis in den Hauptversammlungen vgl. z. B. Deuss (Diss.) S. 1 ff.

4) § 131 AktG.

Auskunft über die Gründe für den starken Rückgang des Jahresertrages etc. begehrt.¹⁾ Bisweilen scheinen die eingehenden Ausführungen des BGH rechtssatzmäßigen Charakter anzunehmen. Die erheblichen Gesichtspunkte werden im einzelnen hervorgehoben und abgewogen. Von einer Treupflicht ist nicht die Rede. Treu und Glauben werden nur in dem Zusammenhang erwähnt, daß der Fragesteller dem Vorstand eine für die Antwort notwendige Vorbereitungszeit ermöglichen müsse. Die Überprüfung der Auskunftsweigerung wurde ausdrücklich auf einen Ermessensmißbrauch beschränkt.²⁾ Zu diesem Zweck stellte der BGH die berechtigten Belange beider Seiten gegenüber und schloß sogenannte sachfremde Erwägungen aus. Diese Methode tritt in dem nächsten Beispiel noch stärker hervor.³⁾ Es ging vor allen Dingen um die Frage, ob auf Grund des durch § 112 AktG⁴⁾ garantierten Rechtes Aufgliederung der nach § 128 II 7 AktG⁵⁾ in einer Gesamtsumme auszuweisenden Bezüge verlangt werden kann. Der BGH erklärte, daß letztere Vorschrift das Auskunftsrecht nicht einschränke. Es folgten eingehende Erörterungen zum pflichtgemäßen Ermessen des § 112 III 2 AktG.⁶⁾

Die beklagte AG hatte außerdem Rechtsmißbrauch geltend

1) BGHZ 32,159 ff., II. ZS.

2) Diese Schranke wurde aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt, a.a.O. S. 168.

3) BGHZ 36,121 ff. = NJW 62,104 ff., II. ZS.

4) Vgl. jetzt § 131 AktG.

5) Nunmehr § 160 III 8, 9 AktG.

6) BGH a.a.O. S. 129 ff.

gemacht. Der Vorwurf wurde im einzelnen erörtert und zurückgewiesen.¹⁾ Denn die Beklagte habe nicht dargelegt, daß der Kläger eine bewußt unvertretbare Dividende angestrebt oder die Aufgliederung verlangt habe, um der Gesellschaft Schwierigkeiten zu machen. Ein Mißbrauch liege noch nicht vor, wenn der Aktionär eine höhere Dividende für möglich halte und deshalb Opposition treibe, aber einen Klageverzicht durchblicken lasse, sofern ihm für seine Aktien ein Preis geboten werde, der den auf die gezahlte Dividende abgestellten Kurs übersteige.

Von einer gesellschaftlichen Treupflicht ist also nicht die Rede, aber die anderen Generalklauseln treten ebenfalls zurück. Eine wichtige Parallele ist jedoch, daß auch in diesem Urteil systematisch die konkret erheblichen Umstände entwickelt und abgewogen werden.²⁾

Die aktienrechtlichen Beispiele weichen demnach von der Argumentation des BGH zum Recht auf Auskunft in der GmbH nur insofern ab,³⁾ als sie von anderen Gesichtspunkten ausgehen, nämlich auf die gebräuchlichen Formeln weitgehend verzichten. Es läuft aber stets auf die Abwägung der als erheblich erachteten Umstände hinaus. Gerade die letzten Urteile zeigen das am Auskunftsrecht des Aktionärs sehr deutlich.

1) BGH a.a.O. S. 135 ff.

2) Vgl. zu dieser Entscheidung im übrigen z. B. Deuss (Diss.) S. 348 ff.

3) Das gilt jedenfalls für die grundlegende Entscheidung BGHZ 14,53 ff., II. ZS.

IV. Sonstige Fälle.

Bevor die Entscheidungen dieses Abschnitts zusammengefaßt und der Rechtsprechung des Reichsgerichts gegenübergestellt werden können, sind noch einige Einzelfälle zu erwähnen.

Das erste Beispiel ist für die Treupflicht im Aktienrecht interessant. Die Parteien stritten u. a. über die Wahrung der Frist für die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage.¹⁾ Der Einwand der Verwirkung wurde zurückgewiesen. Von 1935 bis Kriegsende habe neben anderen die beklagte Gesellschaft einen Druck auf den Kläger ausgeübt und ihn gehindert, Klage zu erheben. Die weitere Wartezeit von 1945 bis Herbst 1948, insbesondere über die Hauptversammlung vom 19. 8. 1948 hinaus, schade ihm nicht, nachdem er bereits mit Schreiben vom 24. 12. 1947 anwaltliche Verhandlungen angeknüpft habe. Die Treupflicht des Aktionärs verpflichte ihn nicht, gesetzlich unbefristete Rechte alsbald oder binnen eines bestimmten Zeitraumes geltend zu machen. Besondere Umstände, die zu sofortiger oder unverzüglicher Klageerhebung verpflichtet hätten, seien nicht festgestellt. Für eine Zeit, in der sämtliche Verjährungs- und Ausschlussfristen gehemmt gewesen seien, könne dem Kläger seine Untätigkeit nach Treu und Glauben nicht angelastet werden, zumal eine allgemeine Pflicht zu alsbaldiger Rechtsausübung nicht bestehe.

1) BGH LM 1 zu § 197 AktG = NJW 52,98 f., II. ZS.

In der Literatur wird zu diesen Ausführungen vielfach gesagt, der BGH billige keine "echte" Treupflicht des Aktionärs, sondern meine nur den Grundsatz von Treu und Glauben im Aktienrecht.¹⁾ Die Begründung des Urteils stützt diese Unterscheidung jedoch nicht. Sie entspricht, was die Argumentation mit der Treupflicht angeht, der Praxis im GmbH-Recht. Es ist anerkannt, daß die Verwaltungsträger von AG und GmbH einer Treupflicht unterliegen.²⁾ Der BGH hat das mehrfach ausgesprochen.³⁾ Diese Entscheidungen sind hier jedoch nur am Rande zu erwähnen, denn ihr Schwerpunkt liegt in dienstvertraglichen Gesichtspunkten. D. h. es handelt sich nicht um die gesellschaftliche Treupflicht.⁴⁾

Einschlägig ist wieder das folgende Urteil, mit dem der BGH ganz im Sinne des Reichsgerichts eine Frage entschied, die im 1. Abschnitt mehrfach berührt worden ist. Nunmehr wurde bestätigt, daß § 47 IV GmbHG den Gesellschafter einer GmbH, der zugleich ihr Geschäftsführer ist, nicht hindert, sein Stimmrecht auszuüben, wenn der Beschluß eine ihm (und seiner Ehefrau) zu gewährende Pension betrifft.⁵⁾ Bei solchen Maßnahmen seien alle Gesellschafter zur Mitwirkung in der Lage. Von Treupflicht ist keine Rede.

-
- 1) Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB; mißverständlich Schmidt, Großkom. Anm. 8 b zu § 1 AktG. Der BGH lehnt nicht die Treupflicht des Aktionärs ab, sondern nur einen Verstoß im konkreten Fall.
- 2) Schmidt a.a.O. Anm. 21 a zu § 75, auch 4 a zu § 95.
- 3) BGHZ 10,187 ff., 192/3, II. ZS.; 15,71 ff., 76/7, II. ZS.; 41,282 ff., 287, II. ZS.
- 4) Vgl. besonders BGHZ 10,191 ff.
- 5) BGHZ 18,205 ff., II. ZS. Ebenso Hachenburg-Schmidt, Anm. 22 zu § 47 GmbHG u.v.a.

V. Zusammenfassung.

Das wichtigste Ergebnis ist, daß die reichsgerichtliche Rechtsprechung fortgeführt wird. Damit ist nicht die sachliche Entscheidung des konkreten Rechtsstreits gemeint, sondern die Art der Argumentation. Soweit mit der Treupflicht operiert wird, geschieht das in derselben Weise wie bisher. Vielfach werden die Formeln des Reichsgerichts wiederholt.¹⁾

Entgegen einer verbreiteten Auffassung erkennt der BGH auch im Aktienrecht Treupflichten an und zwar nicht nur für Verwaltungsträger.²⁾ Die Ansicht, damit werde nur der Grundsatz von Treu und Glauben für spezielle Pflichten des Aktionärs konkretisiert,³⁾ überzeugt nicht. Das Reichsgericht hat zuerst und vorwiegend im Aktienrecht mit einer gesellschaftlichen Treupflicht argumentiert.⁴⁾ Diese Ausführungen sind auch für Gesellschaften m.b.H. maßgebend geworden. Im Hinblick auf diese Entwicklung hätte sich der BGH deutlich distanzieren müssen, wenn er mit dem Begriff "Treupflicht" einen anderen Sinn verbinden wollte. Stattdessen werden die Formeln des Reichsgerichts annähernd wörtlich übernommen.

Die Zahl der neueren Urteile, die im Recht von AG und GmbH von Treupflichten sprechen, ist gering. Zwar hat auch die Bestandsaufnahme des Reichsgerichts nicht sehr viele Beispiele gebracht, jedoch ist ein Nach=

1) BGHZ 9,163; 14,39; 14,56 - 58.

2) BGH LM 1 zu § 197 AktG = NJW 52,98 f.; BGHZ 14,38.

3) Vgl. Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB; auch Schmidt in Großkom. Anm. 8 b zu § 1 AktG.

4) Vgl. RGZ 146,71 ff. und 385 ff.

lassen unverkennbar, besonders in jüngster Zeit. Ausserdem wirkt die Argumentation zurückhaltender. Die Treupflicht wird oft nur im Anschluß an andere, in sich abgeschlossene Begründungen genannt.¹⁾ Sie erhält damit einen gewissermaßen subsidiären Charakter. Typisch ist jedoch die Verbindung mit zahlreichen allgemeinen Klauseln geblieben. Selbstverständlich entfallen auch in diesem Zusammenhang solche Formeln, die - wie etwa das gesunde Volksempfinden²⁾ - von nationalsozialistischer Ideologie durchsetzt worden sind. Aber das sind Berichtigungen am Rande.

Praktisch wichtiger ist, daß die neuere Rechtsprechung bei ähnlich gelagerten Fällen bisweilen zu Ergebnissen kommt, die vom Reichsgericht abweichen. Da sich die Treupflichtaussagen selbst kaum ändern, muß sich der Wandel an anderer Stelle vollziehen. In der Tat räumt die Nachkriegspraxis den Individualinteressen der Mitglieder wieder mehr Raum ein. Das Reichsgericht hatte die Belange des einzelnen Gesellschafters - entsprechend dem Zeitgeist - häufig von vornherein negativ apostrophiert.³⁾ Davon ist die neuere Rechtsprechung eindeutig abgerückt. Sie betont, daß die Mitglieder ihre eigenen Interessen nicht zurückstellen müssen. Das kommt besonders klar in der Entscheidung des OLG Hamburg und dem Revisionsurteil des BGH zum Ausdruck.⁴⁾ So erklärte das OLG, es könne nicht mißbilligt werden, wenn der Kläger, um sich seine

1) BGHZ 9,163; 14,38; OLG Stuttgart JR 55,463 ff.

2) Bsp. RGZ 170,358 ff., 379.

3) Vgl. z. B. RG HRR 40,1359 = Warn. Rspr. 41 Nr. 100 : "Kapitalistische Sonderinteressen".

4) OLG Hamburg JZ 53,406; BGHZ 14,38.

Rechte zu erhalten, der wirtschaftlich vorteilhaften¹⁾ Umwandlung der GmbH in eine AG entgegentrete.²⁾ Ähnlich bestätigte der BGH, daß weder die Aktionäre noch die Mitglieder einer GmbH verpflichtet sind, ihre Interessen der Gesellschaft unterzuordnen.³⁾ Es erhellt, daß diese Verlagerung⁴⁾ von großer praktischer Tragweite ist. Über die Betonung berechtigter Belange des Gesellschafters werden die Gewichte der besonderen Umstände des Einzelfalles verändert. In dieser Verschiebung der Akzente kommt der eigentliche Wandel zum Ausdruck. Die verbreitete Annahme, die Nachkriegsrechtsprechung sei von den Entscheidungen des Reichsgerichts abgerückt, hängt also nicht mit der Treupflichtaussagen zusammen, sondern mit dem Umschwung, der sich in der Beurteilung schutzwürdiger Belange des einzelnen Gesellschafters vollzogen hat.

Nur in den eigentlichen Treupflichtausführungen wird also die Kontinuität gewahrt. Die Umschreibungen der Treupflicht werden beibehalten. Das erlaubt eine geschlossene Erörterung der behandelten Beispiele.

1) Das Reichsgericht hätte deshalb den Fall wohl anders entschieden.

2) JZ 53,406.

3) BGHZ 14,38.

4) Das Schrifttum hat diese Wende ebenfalls vollzogen. Beispielfhaft zeigt das ein Vergleich der 1. Aufl. (1942) und der 2. Aufl. (1950 ff.) des RGRK-EGB (Weipert), Anm. 31 zu § 105. Vgl. aus dem älteren Schrifttum etwa Dorpalen ZHR 102, 5 - 8, 18 - 20 und nunmehr Erman - Schulze-Wenck, 11 a zu § 705 BGB; Baumbach-Hueck, Anm. 2 C zu § 114 AktG; Fischer in RGRK-BGB, 17 zu § 705; Hachenburg-Schilling, GmbHG, Allg. Einl. 4; Schilling JZ 53,407 zu Ziff. 2; H. M. Schmidt GmbHG 60,137 ff., 140; Wo= lany, Rechte und Pflichten S. 106/7 u.v.a. Abweichend noch LShlein JR 50,498.

4. Abschnitt.

- - - - -

Die Rechtsprechung im Zusammenhang.

I. Bestandsaufnahme. Allgemeine Entwicklung.

Die Zahl der höchstrichterlichen Entscheidungen, die im Aktien- oder GmbH-Recht mit der gesellschaftlichen Treupflicht operieren, ist nicht sehr groß. Der Eindruck trägt, den gehäufte Zitate aus der Rechtsprechung hervorrufen. Vor der Notverordnung vom 19. 9. 1931 und der politischen Umwälzung im Jahre 1933 hat das Reichsgericht bei den hier erörterten Gesellschaftsformen¹⁾ nicht von einer Treupflicht gesprochen. Die Praxis mag in den Beispielen des 1. Abschnitts ähnliche Begriffe verwenden. Oft ließe sich die Treupflicht in die Begründung nahtlos einfügen. Vielleicht würde diese Argumentation von der neueren Rechtsprechung sogar bevorzugt. Aber hier kommt es unmittelbar darauf nicht an. Wenn die gesellschaftliche Treupflicht gerade in der Rechtsprechung verfolgt werden soll, darf man die Entscheidungen nicht zählen, die diesen Begriff in heutiger Sicht hätten verwenden können, es jedoch unterlassen haben. Legt man diesen Maßstab an, so verbleiben von der Vielzahl der erörterten Urteile aus dem Aktien- und GmbH-Recht²⁾ nicht einmal 20 Fälle

- - - - -
1) Wohl aber bei anderen, z. B. RG JW 13, 29 (Nr. 17).

2) Die Bilanz erfaßt die Rechtsprechung des RG und des BGH, außerdem wichtige Beispiele der OLG.

übrig, in denen mit der Treupflicht operiert wird.¹⁾

Es erhellt, daß diese Entscheidungen fragmentarisch wirken. Sie bilden keine geschlossene Gruppe. Entwicklung und Standort der gesellschaftlichen Treupflicht lassen sich nur verdeutlichen, wenn sie in einem größeren Zusammenhang gesehen wird.

Nach verbreiteter Ansicht dienten die sog. rechtsethischen Generalklauseln im Gesellschaftsrecht ursprünglich vor allen Dingen dem Minderheitenschutz.²⁾

Im Bereich der juristischen Personen ging es also darum, die Rechte der kleinen Anteilseigner gegen die Mehrheit zu festigen. Der Einwand eines Verstoßes gegen die guten Sitten, einer unzulässigen Rechtsausübung etc. führte in der Tat immer häufiger zum Erfolg.³⁾ Vielfach wird auch die Treupflicht in diesen Rahmen gestellt.⁴⁾ Mit ihrer Hilfe, so heißt es, sei die Macht des Großaktionärs eingeschränkt und die Stellung der kleinen Kapitalgeber gestärkt worden.

Das mag der allgemeinen Entwicklung entsprechen, aber nicht der Rechtsprechung im Aktien- und GmbH-Recht.

Hier liegen die ersten Urteile, die mit der Treupflicht argumentieren, nach 1933. Von Anfang an ist

-
- 1) Die Treupflicht der Verwaltungsträger bleibt ausgeschlossen. Denn es handelt sich in diesen Äußerungen nicht um die gesellschaftliche Treupflicht. Vgl. BGHZ 10, 187 ff., 190 ff.; A. Hueck, Ges.R., S. 137; auch Mestmäcker, Verwaltung, S. 214 ff.
 - 2) Ballerstedt, Kapital, S. 11 - 13; aber auch Rud. Fischer, Ehr. Hdb. III 1, S. 200 f.
 - 3) A. Hueck, RG-Praxis IV, 167 ff.
 - 4) Ballerstedt a.a.O.; Würdinger, Akt.- und KonzernR. (2), S. 49-50; Mestmäcker a.a.O. S. 13 ff.

in diesen Beispielen nicht (nur) die Mehrheit, sondern - mindestens auch - die Gesellschaft selbst der Bezugspunkt.¹⁾ Das mag zunächst den Ausbau des Minderheitenschutzes bewirkt haben. Das wachsende Gewicht politischer und weltanschaulicher Einflüsse hat jedoch die Richtung des Reichsgerichts verändert. Nunmehr kam es für alle Gesellschafter in erster Linie darauf an, dem überschießenden Interesse der Gesellschaft - " Gemeinschaft " - zu dienen. Ein bisher als rechtswidrig angesehenes Verhalten konnte diesem Wohl förderlich erscheinen und damit zulässig werden. Die sog. Sonderrechte wurden zurückgedrängt. Das Reichsgericht berief sich auf die gesellschaftliche Treupflicht, um zu begründen, daß die Mitglieder im Interesse der Gesellschaft abstimmen müßten.²⁾ Im Konflikt Mehrheit - Minderheit wurde nicht mehr das Verhalten beider Gruppen gegeneinander abgewogen, sondern gefragt, was für das Wohl der Gemeinschaft besser sei.³⁾ Stärkster Ausdruck dieser Tendenz waren jene Meinungen, die über die Gesellschaft hinausgreifend, Rechte und Pflichten der einzelnen Mitglieder an das verselbständigte Unternehmen banden.⁴⁾

1) RGZ 146, 71 ff., 76 und 385 ff., beide II. ZS.

2) RG HRR 40, 1359 = Warn.Rspr. 41 Nr. 100 = Seuffa. 95 Nr. 2, II. ZS.

3) Damit hängt die verstärkte Erörterung der Frage zusammen, in welchen Beziehungen die Treupflichten wirken. Vgl. Ritter JW 34, 3029; Dorpalen ZHR 102, 12 u. 27; Klausing, Festschr. Schlegelberger, S. 425 ff.; A. Hueck, Treuegedanke, S. 14 und Anm. 40; J. v. Gierke ZHR 111, 196; u.v.a.

4) Fechner, Treubindungen, S. 62 ff.; Theis (Diss.) S. 129.

Die geschilderte Entwicklung verdeutlicht auch die weithin üblichen Umschreibungen der Treupflicht. Unter diesem Oberbegriff haben die Gerichte und stärker noch die Lehre Klauseln formuliert, die häufig die Gesellschaft in scharfen Gegensatz zu ihren Mitgliedern stellen. Soweit die Nachkriegsrechtsprechung mit der Treupflicht operiert, beziehen sich die Ausführungen wieder wesentlich stärker auf das Verhältnis der Mehrheit zur Minderheit.

Diese Verlagerungen zeigen, daß die gesellschaftliche Treupflicht und die darauf gestützten praktischen Konsequenzen weitgehend von der allgemeinen Rechtsentwicklung abhängen. Denn nach 1933 stand auch in anderen Rechtsgebieten die Vorstellung übergeordneter Gemeinschaften im Mittelpunkt. Es ist längst erkannt, daß gerade die Generalklauseln Einbruchstellen für außerrechtliche Maßstäbe sind.¹⁾ Die Entscheidungen, die mit Treupflichten argumentieren, bestätigen diese Einsicht. Viele generalisierende Formeln, die aus anderen Bereichen bekannt sind, kehren hier wieder.

1) Vgl. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, z. B. S. 51/2, 70 ff; Boehmer, Grundl. II 2, S. 99; Wacker, Präzisierung, S. 9 u.v.a.

II. Parallelen. Verknüpfung mit anderen Klauseln.

Die Entscheidungsgründe, in denen von Treupflichten die Rede ist, sind sehr mannigfaltig. Jedoch zeigt die Argumentation viele Parallelen. Zunächst fällt auf, daß die gesellschaftliche Treupflicht ständig mit anderen Klauseln verknüpft wird. Es handelt sich nicht immer um dieselben Formeln. Auch die Akzente werden von Fall zu Fall anders gesetzt. Einige Entscheidungen betonen die Treupflicht und rücken sie in den Mittelpunkt der Argumentation. In vielen Beispielen nimmt sie jedoch schon äußerlich eine Randstellung ein. Keines der hier dargestellten Urteile isoliert die Treupflicht. Andere Rechtsbegriffe treten regelmäßig hinzu, ehe die Abwägung der konkreten Umstände beginnt.

Schon der erste Überblick der vielfältigen Beziehungen macht sichtbar, daß bei den sog. Generalklauseln der Schwerpunkt liegt. Nur zwei Entscheidungen, die mit der Treupflicht operieren, stellen auf eine bestimmte Regelung in Gesetz oder Satzung ab.

Das erste einschlägige Urteil überhaupt¹⁾ argumentiert mit dem Sinn und Zweck des neu gefaßten § 266 I 2 HGB.²⁾ Diese Vorschrift bildet jedoch nur den äusseren Rahmen. Das Reichsgericht legt den § 266 I 2 HGB nicht aus,³⁾ sondern bringt allgemeine Prinzipien, auf denen

1) RGZ 146, 71 ff., 76, II. ZS.; s. o. S. 72.

2) Entspricht § 118 I 2 AktG (1937). Vgl. nunmehr § 142 I 2 AktG.

3) Vgl. etwa Larenz, Methodenlehre, II. Teil, 3. Kap., S. 233 ff.

die Norm beruhen soll, zur Geltung. Das Treueverhältnis der Aktionäre wird nicht etwa durch Interpretation entwickelt. Mit § 266 I 2 HGB konnte nur deshalb argumentiert werden, weil die Vorschrift neu gefaßt war. Es hatte sich noch keine Auslegung gefestigt, mit der sich das Reichsgericht hätte auseinandersetzen müssen.

In einem zweiten Beispiel wird das aus § 11 III der Satzung entwickelte Entsendungsrecht im Hinblick auf die gesellschaftliche Treupflicht begrenzt.¹⁾ Aber diese Schranke wird ebenfalls nicht durch Auslegung ermittelt, sondern auf allgemeine Rechtsgedanken gestützt. Es handelt sich also in beiden Fällen nicht um echte Ausnahmen. Vielmehr lautet das Ergebnis, daß die Formeln zur Treupflicht nicht mit der Interpretation von speziellen Normen sachlich verknüpft werden. Soweit mit der Treupflicht argumentiert wird, treten Satzung und Gesetz zurück. Das mag die Ansicht erklären, nach der die Treupflichten solche Tatbestände erfassen, die nicht ausdrücklich geregelt sind.²⁾ Die Rechtsprechung verbindet die Treupflicht also mit allgemeinen Grundsätzen, die meist für das gesamte Recht Geltung beanspruchen. Nur wenige Entscheidungen stellen auf gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte ab. Wichtig ist in diesem Rahmen vor allem die gleichmäßige Behandlung der Gesellschafter.

1) RGZ 165, 68 ff., 79; s. o. S. 95/96.

2) Knöpfel (Diss.) S. 24, 29 - 30. Diese Vorstellung wird meist nicht ausdrücklich betont.

Das Gleichheitsgebot ist gerade im Recht der Personenvereinigungen seit langem anerkannt.¹⁾ Es wird sogar im Wesen der Körperschaften verankert.²⁾ Die Verbindung dieses Grundsatzes mit der Treupflicht tritt in zwei Urteilen besonders deutlich hervor. Im ersten Beispiel hatten sich drei Stämme einer Gesellschaft gegen den vierten zusammengeschlossen;³⁾ im zweiten Fall hatten die Mehrheitsgesellschafter nur sich selbst und zwar unter einer anderen Firma zur Kapitalerhöhung zugelassen.⁴⁾ Das Gleichbehandlungsgebot wird in beiden Entscheidungen in den Vordergrund gestellt. Nicht nur die Treupflicht, sondern auch andere Klauseln treten zurück. Das mag zum Teil darauf beruhen, daß die Gleichbehandlung der Gesellschafter ein besonders einprägsames Prinzip ist. Nach den Sachverhalten lag die Verwahrung dieses Grundsatzes auch sehr nahe, denn es handelte sich um augenfällige Mißachtungen der Minderheit. In weiteren Beispielen ist das Gleichheitsgebot weniger herausgestellt.⁵⁾ Es wird auch in negativer Form eingeführt, so etwa bei der Frage, ob sich die nicht ausgeschlossenen Gesellschafter ebenso verhalten haben.⁶⁾

Vielen erscheint das Gleichheitsgebot konkreter als

-
- 1) G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 35 ff., 44 ff.; Feine Ehr. Hdb. III 3, 274 - 277; Bodenheimer, Gleichheitsprinzip, S. 1 ff., 5 ff.; Raiser ZHR 111, 81 ff.; Bydlinski, Gutachten, S. 9/10, 20 ff., 46 ff.; u.a.
 - 2) Hachenburg-Schilling, Anm. 23 zu § 14 GmbHG.
 - 3) RGZ 170, 358 ff., 377/8.
 - 4) OLG Stuttgart JR 55, 463 ff.
 - 5) Vgl. RGZ 167, 65 ff.; RG Dt.R. 41, 1308.
 - 6) Bsp. BGHZ 16, 317 ff., 322/3 = JZ 55, 330/1.

die Treupflicht und als selbständiger Rechtssatz eher praktikabel.¹⁾ Zahlreiche Entscheidungen, die im Körperschaftsrecht mit der gleichmäßigen Behandlung argumentieren, kennen die Treupflicht nicht. Allerdings wird das Gleichheitsgebot von einem Teil der Literatur aus der Treupflicht abgeleitet und deshalb von einigen sogar als überflüssig angesehen.²⁾ Die Frage nach dem Verhältnis beider Formeln ist jedoch als ein Scheinproblem anzusehen. Dessen Erörterung ist durch die Erkenntnis überholt, daß die Konstruktion eines allgemeinen, privatrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes in die Irre führt.³⁾ Die einzelnen Gleichbehandlungsfälle lassen sich nur aus den besonderen Sachzusammenhängen entwickeln. Eine Parallele zu den Vorstellungen einer allgemeinen Treupflicht liegt nahe.

Spezifisch gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte treten nur in wenigen Entscheidungen hervor. So wird in einigen Beispielen gesellschaftswidriges oder gesellschaftsfremdes⁴⁾ Verhalten untersagt oder ein Pflichtenwiderstreit des Mitgliedes erörtert. Das Reichsgericht hat die Treupflicht von Anfang an in diesen geläufigen Rahmen gestellt.⁵⁾ Die Nachkriegsrecht=

1) Vgl. G. Hueck, Gleichm. Behandl. z.B. S. 173 ff.; Bodenheimer, Gleichheitsprinzip. z.B. S. 53 ff.; Ritter JW 34, 3025 ff.; Raiser ZHR 111, 81 ff.; Machenb.-Schilling, Arkm. 23 ff. zu § 14 GmbHG; Soerg.-Sieb.-Schultze-v.Lasaulx, 45 ff. zu § 705 BGB; Staud.-Geiler-Keßler 40, 41 vor §§ 705 ff. BGB; Würdinger, Akt.-u.KonzernR. (2) S. 50; auch Fechner, Treubindungen, S. 93 ff.

2) Vgl. Teichmann-Koehler (3) 5 a zu § 48 AktG; Ritter JW 34, 3025 ff. und Vorb. 4 zum AktG; Würdinger, Ges.R. I, S. 38. Dazu G.Hueck a.a.O. S. 108.

3) Bydliniski, Gutachten, S. 42, 18 ff.; Rittner FAMRZ 62, 287.

4) Vgl. z. B. auch §§ 101 I, 197 II AktG (1937).

5) RGZ 146, 76 u. 395 - 397.

sprechung ist dabei geblieben.¹⁾ Allerdings steht die Pflichtwidrigkeit in diesen Urteilen, anders als das Gleichheitsgebot, nur am Rande der Argumentation. Gerade in den genannten Beispielen treten neben Treupflicht und Gesellschaftswidrigkeit zahlreiche andere Begriffe.

Nun wird die Pflichtwidrigkeit jedenfalls zunächst als objektiver Gesichtspunkt angesehen. Bei den Auseinandersetzungen, die hier zugrunde liegen, ist aber die subjektive Sphäre besonders wichtig. Der Hauptvorwurf gilt kaum einem objektiven Verstoß gegen Gesetz oder Satzung, die formell oft peinlich genau beachtet sind, sondern dem Zweck, der mit dem mißbilligten Verhalten angestrebt wird. Deshalb haben die Gerichte den Schwerpunkt immer stärker auf die subjektive Seite verlagert.²⁾ Damit tritt die Pflichtwidrigkeit als Maßstab zurück. Die Treupflicht gilt als besser geeignet, subjektive Momente zu erfassen.³⁾ Eine Ausnahme gegenüber dieser Tendenz scheint der "wichtige Grund" zu bilden. Diese Klausel spielt bei Auflösung und Ausschluß eine erhebliche Rolle. Sie wurde in mehreren Beispielen mit der Treupflicht verknüpft.⁴⁾ Der BGH hat objektive Umstände grundsätz-

1) BGH 14,38; OLG Stuttgart JR 55,464.

2) Vgl. Küster, Inhalt und Grenzen, S. 45 ff.

3) Über das Verhältnis beider Begründungen äußern sich die Urteile kaum. Das OLG Stuttgart - JR 55, 464 - leitet das Verbot von Maßnahmen, die andere Gesellschafter in gesellschaftswidriger Weise schädigen, aus der Treupflicht her.

4) RGZ 164,257 ff.; RG Warn.Rspr. 41 Nr. 100 = SeuffA. 95 Nr. 2 = HRR 40,1359; RGZ 169,330 ff. = Dt. R. 42,1700 ff.; BGHZ 9,157 ff. = LM 1 zu § 34 GmbHG.

lich genügen lassen.¹⁾ Das schließt jedoch die Berücksichtigung subjektiver Momente nicht aus.²⁾ Schließlich ist hier noch das Wesen der Gesellschaft zu nennen, das die Gerichte neben der Treupflicht nur selten ansprechen.³⁾ Ein fester Sinngehalt wird damit nicht verbunden.⁴⁾ Nähere Ausführungen fehlen. Es handelt sich um abschließende Bemerkungen, mit denen die Begründung zusammengefaßt wird. Aber auch diese Hinweise auf das Wesen der Gesellschaft sind für die Argumentation der erörterten Urteile charakteristisch.

2. Gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten haben die allgemeinen Klauseln äußerlich klar das Übergewicht. Das Reichsgericht hat sich auf die §§ 138, 826 BGB gestützt, um die Macht der Mehrheit zu begrenzen. Die auf dieser Grundlage entwickelten Maßstäbe sind noch nicht so allgemein gehalten wie die späteren Ausführungen, bei denen Treu und Glauben, Unzumutbarkeit usw. im Mittelpunkt stehen.

Im ersten Abschnitt wurden einige Entscheidungen erwähnt, die den Gesellschaftern erst im Schikaneverbot eine Schranke setzten.⁵⁾ Diese Grenze wurde jedoch sehr bald durchbrochen. § 138 BGB trat an die Stelle. Die höchstrichterlichen Urteile, die 1934 beginnen.

1) BGHZ 9,163/4.

2) BGHZ 32,17 ff., 30 ff., 35.

3) RGZ 164,262; 167,73. Vgl. auch RGZ 158,254/5 : Eigenart der Aktiengesellschaft.

4) Etwa als Typus Gesellschaft. Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 340.

5) Bsp. 81,37 ff.; RG JW 15,195/6.

im Aktienrecht mit Treupflichten zu argumentieren, erwähnen § 226 BGB kaum noch. Nur in einem Beispiel wird diese Vorschrift genannt, jedoch mit dem Zusatz, daß der dem § 226 BGB zugrunde liegende Gedanke über den gesetzlichen Rahmen hinaus anzuwenden sei.¹⁾ Den Maßstab der guten Sitten behielt das Reichsgericht dagegen neben der Treupflicht bei. Die Rechtsprechung hatte vor allen Dingen zur Überprüfung von Kapitalveränderungen die Sittenwidrigkeit herangezogen.²⁾ Als gesetzliche Grundlage wurde § 138 BGB. bisweilen auch § 826 BGB bezeichnet. Die fortwährende Ausdehnung dieses Maßstabes weckte jedoch Bedenken.³⁾ Mit der Einfügung einer gesellschaftlichen Treupflicht konnte dieser Kritik Rechnung getragen werden,⁴⁾ ohne die Kontinuität der Rechtsprechung aufzugeben.⁵⁾ Die Überlagerung vollzog sich in vielfältigen Formen. So wurde in einem Beispiel die Treupflicht gewissermaßen in die Erörterung der Sittenwidrigkeit eingebaut.⁶⁾ Das Reichsgericht prüfte eine Abstimmungsvereinbarung auf einen Verstoß gegen die guten Sitten.

1) RGZ 146,396.

2) A. Hueck, RG-Praxis IV, S. 167 ff. Vgl. auch RG Dt.R. 41,1305 ff.

3) Vgl. Düringer-Hachenburg, HGB III 1, Einl. II, Anm. 79; Zahn DJ 35,27 ff.; Bodenheimer, Gleichheitsprinzip, S. 51 ff.; Fechner, Treubindungen, S. 29/30, 34/35.

4) Küster, Inhalt und Grenzen, S. 65 - 69, hält dagegen die guten Sitten für den richtigen Maßstab. Vgl. auch Staub-Pinner II 31 b zu § 252 HGB. Gegen Küster: Rob. Fischer NJW 54,777 ff.

5) Nach Hesse (Diss.) schafft die Treupflicht einen verfeinerten Begriff der guten Sitten, a.a.O. S. 28 - 32.

6) RG Dt.R. 40,245.

Das Ergebnis wurde u. a. davon abhängig gemacht, ob durch die Übereinkunft die Treupflicht des Aktionärs verletzt werde. Meist diene die Sittenwidrigkeit in den hier dargestellten Fällen zur Abrundung der Gründe. Ein bereits mehrfach erwähntes Urteil faßte gegen Ende seine Ausführungen, in dem Satz zusammen, daß das gesamte Geschäftsgebahren (der beiden Brüder T.) die guten Sitten verletze.¹⁾ Ähnlich umreißt das OLG Stuttgart sein Ergebnis mit den Worten, die angefochtenen Beschlüsse stellten einen sittenwidrigen Machtmißbrauch dar.²⁾ Ein Urteil des Reichsgerichts sah in den Benachteiligungen des Stammes O. die " sittenwidrige Verletzung der gesellschaftlichen Treupflicht ", reihte also beide Gesichtspunkte unmittelbar aneinander.³⁾ Dieses Beispiel zeigt besonders klar , daß die Praxis zwischen Treupflicht und guten Sitten nicht streng unterscheidet. Das Verhältnis der beiden Maßstäbe wird in den genannten Beispielen kaum berührt. Allenfalls der Satz im Streit um eine Kapitalerhöhung, daß der Vertrauensmißbrauch nicht nur die Treupflicht verletze, sondern auch gegen die guten Sitten verstoße, bildet eine Ausnahme.⁴⁾ Aber dieser Ansatz wird nicht ausgebaut.

1) RGZ 167,65 ff., 76.

2) JR 55,463.

3) RGZ 170,377.

4) RG Dt.R. 41,1307.

3. Wichtiger als die bisher genannten Zusammenhänge sind die Verbindungen der Treupflicht mit Treu und Glauben,¹⁾ unzulässiger Rechtsausübung, Rechtsmißbrauch, Unzumutbarkeit usw. Diese Klauseln kehren - einzeln oder gehäuft - in jeder Entscheidung wieder, die mit Treupflichten argumentiert. Das gilt nicht nur für das Reichsgericht, sondern gerade auch für die Nachkriegsrechtsprechung.

Vorweg ist in diesem Komplex die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu nennen. Es soll hier nicht untersucht werden, welche Vorstellungen der Klausel zugrunde liegen. Sie darf jedenfalls nicht verleiten, die Entscheidung auf außerrechtliche Maßstäbe zu stützen. In einer Rechtssache kann es nicht zulässig sein, wirtschaftliche Gesichtspunkte an die Stelle rechtlicher Begründungen zu setzen.²⁾ Die Hinwendung zu der wirtschaftlichen Betrachtungsweise kommt nicht nur in einigen der hier dargestellten Beispiele zu Ausdruck. Sie ist überhaupt für den Wechsel zu einer anderen Argumentation typisch. So bildete in dem praktisch wichtigen und sehr umstrittenen Fragenkreis von Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage die wirtschaftliche Betrachtungsweise die

1) Nach h. M. kommt den guten Sitten im Verhältnis zu Treu und Glauben eigenständige Bedeutung zu. Es wird zwar kein prinzipieller, wohl aber ein gradueller Unterschied gesehen. Staud.-Weber A 138 zu § 242 BGB; Soerg.-Siebert, Rn. 60 zu § 242 BGB; A. Hueck, Treuegedanke, S. 11 f.; zustimmend Larenz, Allg. Teil, S. 108, Anm. 1.

2) Schönfeld, RG-Praxis II, S. 239 f.; Rittner FAMRZ 61,5 und Anm. 74.

Vorstufe zur Unzumutbarkeit.¹⁾

Gerade das erste Urteil, das im Aktienrecht mit der Treupflicht operiert, beruft sich auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.²⁾ Das Reichsgericht führt aus, daß die äussere Rechtsgestaltung nicht entscheidend sei. Vielmehr seien die Gesellschafter der - an der AG beteiligten - OHG wirtschaftlich selbst als Aktionäre anzusehen. Die rechtlichen Formen sollen also hinter die sogenannten wirtschaftlichen Gesichtspunkte zurücktreten.³⁾ Später kommt diese Betrachtungsweise nicht mehr so deutlich zum Ausdruck. Das klarste Beispiel ist noch die Entscheidung des OLG Stuttgart.⁴⁾ Darin wird ausgeführt, daß sich die Mehrheitsgesellschafter mit ihren Interessen hinter der Firma J. & Co. versteckten. Deshalb seien sie zwar nicht rechtlich, wohl aber tatsächlich und wirtschaftlich mit dieser Firma gleichzusetzen. Die Argumentation steht hier nicht zur Kritik. Es sollte nur gezeigt werden, daß auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu den Maßstäben gehört, die von der Rechtsprechung mit Treupflichtaussagen verknüpft worden sind.

Besonders typisch ist jedoch die Verflechtung mit Treu

1) Larenz, Geschäftsgrundlage (3), S. 54 - 55.

2) RGZ 146, 76.

3) Vgl. Schönfeld, RG-Praxis II. S. 239 f., der gerade zur Rechtsprechung des Reichsgerichts Stellung nimmt.

4) JR 55, 464.

und Glauben. Einleitend wurde dargelegt, daß eine vertretete Ansicht im Schrifttum die Abgrenzung zu Treu und Glauben als wesentliche Voraussetzung für Sinn und Brauchbarkeit der Treupflicht betrachtet.¹⁾ Die Praxis bildet schon äußerlich einen Kontrast zu diesen Vorstellungen. Wenn von Treupflichten gesprochen wird, fehlt in unmittelbarem Zusammenhang die Klausel Treu und Glauben nur ausnahmsweise.

Schon in einem der ersten Urteile wird die Verletzung der Treupflicht u. a. als Verstoß gegen den das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben bezeichnet.²⁾ Nach einer anderen Stelle gilt § 242 BGB besonders im Gesellschaftsrecht, also auch für Aktionäre, denen eine Treupflicht gegenüber der AG obliege.³⁾ Eine spätere Entscheidung führt aus, ein Verhalten, daß die Gesellschaft in ihrem Bestande gefährde und erschüttere, verstoße gegen Treu und Glauben sowie die gesellschaftliche Treupflicht.⁴⁾ Es lassen sich weitere Beispiele anfügen, in denen das Reichsgericht ebenfalls die Treupflicht nicht gegen Treu und Glauben

1) A. Hueck, Treuegedanke, S. 12; Staud.-Weber A 130 zu § 242 BGB; Staud.-Geiler-Keßler 35 vor §§ 705 ff. BGB.

2) RGZ 146,396.

3) RG JW 39,1441.

4) RGZ 164,258.

ben abgegrenzt hat.¹⁾

Soweit der Bundesgerichtshof von Treupflichten spricht, hält er an den einschlägigen Aussagen der älteren Rechtsprechung durchweg fest. Die Verflechtungen mit Treu und Glauben werden sogar verstärkt; sie treten in sämtlichen Beispielen auf.

Im ersten Fall heißt es, daß dem Kläger nach Treu und Glauben der Ablauf der Anfechtungsfrist auch im Hinblick auf die Treupflicht des Aktionärs nicht nachteilig sein könne.²⁾ Die folgende Entscheidung deutet vorsichtig eine Abgrenzung an. Sie spricht nämlich aus, daß den Gesellschaftern einer GmbH eine echte Treupflicht obliege, die nicht nur den Grundsatz von Treu und Glauben umfasse.³⁾ Diese Bemerkung wird jedoch in späteren Urteilen des BGH nicht wiederholt.⁴⁾ Vielmehr heißt es z. B., die Erhebung der Anfechtungsklage sei nicht als Verstoß gegen die Gesellschaftertreue oder allgemein als Verletzung von Treu und Glauben anzusehen.⁵⁾ Beim Recht auf Vorlage und Einsicht der Bücher hat der BGH beide Maßstäbe in ähnlicher Weise verknüpft. Die entsprechende Befugnis wird nach Treu

1) RGZ 165,79; vgl. auch RGZ 169,333/4. Scholz faßt in GmbHR 49,71 die Urteile des Reichsgerichts ausschließlich unter Treu und Glauben.

2) BGH LM 1 zu § 197 AktG = NJW 52,99.

3) BGHZ 9,163.

4) Wohl aber vom OLG Stuttgart JR 55,464.

5) BGHZ 14,38/9. Vgl. auch OLG Hamburg (Berufungsinstanz) JZ 53,405 ff. mit Anm. Schilling.

und Glauben zugestanden¹⁾ und begrenzt; die Schranken stützt der BGH außerdem auf die gesellschaftliche Treupflicht.²⁾ Es bleibt festzuhalten, daß die Nachkriegsrechtsprechung ebenfalls die Treupflicht nicht von Treu und Glauben unterscheidet. Das Verhältnis dieser beiden Klauseln wird höchstens mit allgemeinen Wendungen umschrieben. Meistens operiert die Praxis jedoch mit Treupflicht und Treu und Glauben in einem Zuge. Das Ergebnis ist noch eindeutiger, wenn die Verknüpfung der Treupflicht mit unzulässiger Rechtsausübung und Rechtsmißbrauch berücksichtigt wird. Die Rechtsprechung unterstellt diese Maßstäbe häufig ohne weiteres § 242 BGB.³⁾

Das Reichsgericht erörterte z. B., ob im Hinblick auf die Treupflicht die Anfechtung als Rechtsmißbrauch, als unzulässige Rechtsausübung anzusehen sei.⁴⁾ In einer anderen Entscheidung wurde die Treupflichtverletzung mit dem Begriff Machtmißbrauch verknüpft; der Anspruch aus dem mißbräuchlichen Gesellschafterbeschuß wurde als unzulässige Rechtsausübung bezeichnet.⁵⁾ Das Reichsgericht hat diese Beziehung noch in anderen Entscheidungen hergestellt.⁶⁾ Auch die Nach=

1) BGHZ 14, 56 f.

2) BGH a.a.O. S. 58

3) Vgl. Wieacker, Präzisierung, S. 26 - 36.

4) RGZ 146, 395/6.

5) RGZ 167, 72 ff., 76.

6) RGZ 164, 262 ff.; 165, 79. In RG Dt.R. 41, 1307 wird von Vertrauensmißbrauch gesprochen.

kriegsrechtsprechung hat Treupflichtverstoß und unzulässige Rechtsausübung mehrfach zusammengefaßt.

So prüfte der BGH auf den Vorwurf des Rechtsmißbrauchs, ob die gesellschaftliche Treupflicht verletzt sei. Der Abstimmung eines GmbH-Mitgliedes könne wegen der intensiveren Treupflicht eher als Aktionären unzulässige Rechtsausübung entgegengehalten werden.¹⁾ An anderer Stelle wurden die Kontrollbefugnisse des Gesellschafters unter Berufung auf die Treupflicht beschränkt, und die Überschreitung dieser Grenze als unzulässige Rechtsausübung bezeichnet.²⁾ Besonders typisch ist auch insoweit das Urteil des OLG Stuttgart. Darin heißt es, die angefochtenen Beschlüsse, die auf Verletzung der Treupflicht beruhten, stellten einen sittenwidrigen Machtmißbrauch dar.³⁾ Allen Entscheidungen ist gemeinsam, daß zwischen den genannten Maßstäben nicht unterschieden wird.

Das gilt erst recht, wenn zusätzlich mit der Unzumutbarkeit operiert wird. Einige Beispiele des Reichsgerichts verwenden diesen Begriff. So wird z. B. ausgeführt, es liefe der gesellschaftlichen Treupflicht zuwider, wenn die Rechtsausübung unzumutbare Nachteile für die GmbH erwarten lasse.⁴⁾ Eine andere Entscheidung rechtfertigt den Ausschluß eines Gesell-

1) BGHZ 14, 38.

2) BGHZ 14, 58/9.

3) OLG Stuttgart JR 55, 463/4.

4) RGZ 165, 79.

schafters mit der Treupflicht und fügt hinzu, daß sich die GmbH gegen unzumutbare Belastungen durch fortdauernde Mitgliedschaft eines untragbaren Gesellschafters schützen müsse.¹⁾ Jedoch sei das betroffene Mitglied regelmäßig vorher anzuhören. Das folge aus der gesellschaftlichen Treupflicht und dem Erfordernis, vor einem Ausschluß alle zumutbaren Möglichkeiten zur Behebung der Schwierigkeiten auszuschöpfen.²⁾ Die Nachkriegsrechtsprechung verbindet die Treupflicht nicht mehr mit der Zumutbarkeit.

4. Damit sind zwar die wichtigsten, aber längst nicht alle Klauseln genannt, die von der Praxis mit der gesellschaftlichen Treupflicht verflochten werden. Hier ist besonders das gesunde Volksempfinden noch zu erwähnen. Das Reichsgericht hat diesen Maßstab in zahlreichen Entscheidungen verwendet, in einigen Fällen auch neben der Treupflicht. Sehr deutlich kommt das in einem Beispiel zum Ausdruck, das die Rüge einer Verspätung der Anfechtungsklage als Verstoß gegen die gesellschaftliche Treupflicht zurückweist.³⁾ Nach gesundem Volksempfinden, so heißt es, sei auf die besonderen, mit der Einberufung zum Wehrdienst verbundenen Schwierigkeiten weitgehend Rücksicht zu nehmen.⁴⁾

1) RGZ 169, 334. Vgl. auch RG JW 39, 1442.

2) RGZ 169, 338.

3) RGZ 170, 358 ff, 378 ff.

4) RG a.a.O. S. 379.

In weiteren Urteilen treten zu dem gesunden Volksempfinden und der Treupflicht vor allem die guten Sitten.¹⁾ Typisch ist die Betonung des gesunden Volksempfindens neben der Treupflicht schließlich in den Fällen, in denen Juden beteiligt waren.²⁾ Mit dieser Klausel überspielte das Reichsgericht vielfach alle anderen Gesichtspunkte. Nach dem Krieg ist dieser Maßstab aus den Entscheidungen verschwunden.³⁾

Das gilt auch von allgemeinen, übergeordneten Gemeinschaftsgedanken,⁴⁾ auf die sich das Reichsgericht ebenfalls oft bezogen hat. Diese Vorstellungen sind schon in den ersten erörterten Beispielen zum Ausdruck gekommen. So wird der § 266 I 2 n. F. HGB als Ausdruck des das neue Staatswesen durchsetzenden Gemeinschaftsgedankens bezeichnet.⁵⁾

Die andere Entscheidung bringt den Vorrang der Gemeinschaften gegenüber den einzelnen zum Ausdruck.⁶⁾ In einem weiteren Fall wird die Auflösung der Gesellschaft im Hinblick auf die gesellschaftliche Treue und die Verpflichtungen

1) RG Dt.R. 40,245; Dt.R. 41,1307; RGZ 167,76.

2) RGZ 169,330 ff., 335 ff.; auch RGZ 167,65 ff.,76.

3) Auch die Literatur benutzt ihn nicht mehr. Repräsentativ: Staud.-Weber (11), § 242 BGB (vgl. Inhaltsverzeichnis) und 10. Aufl. Rn. 62 - 69 zu § 242 BGB.

4) Kritisch schon Stoll, DJZ 36,414 ff., 417/8, der den Gemeinschaftsgedanken auf die Treue gegenüber dem Volk beschränken will. Gegen ihn mit typischer Argumentation Theis (Diss.) S. 124 f.

5) RGZ 146,76. Vgl. dazu Fechner, Treubind., S. 53.

6) RGZ 146,395.

gegen die Allgemeinheit eingeschränkt.¹⁾ Diese Gedanken wurzelten jedenfalls teilweise in der nationalsozialistischen Ideologie. Sie werden von der Nachkriegsrechtsprechung nicht mehr verwendet.²⁾ Für das Thema bleiben sie aber bedeutsam. Eine Analyse der Treupflicht des Gesellschafters in der Praxis muß gerade die Verbindung mit derartigen, dem politisch-weltanschaulichen Bereich entlehnten Maßstäben beachten.

Es lassen sich noch viele andere Formeln anführen, mit denen die Treupflichten ebenfalls kombiniert werden. Die Rechtsprechung hat zu den Generalklauseln Umschreibungen entwickelt, die bisweilen auch selbständig auftreten. Als Beispiel sei das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden genannt, auf das sich das OLG Stuttgart bezieht.³⁾ Mit dieser Formel hat schon das Reichsgericht ständig die guten Sitten im Sinne des § 138 BGB umrissen.⁴⁾ Die Sätze zu den anderen Generalklauseln sind weniger bekannt. Alle diese Umschreibungen und weitere Untergliederungen werden mit den "Treupflichten" verbunden. Es erübrigt sich hier, diese Zusammenhänge gesondert nachzuweisen.

- - - - -
- 1) RG HRR 40,1359 = RG Warn.Rspr. 41 Nr. 100 = SeuffA. 95 Nr. 2. Vgl. auch die Bezugnahme RGZ 158,254.
 - 2) Der Hinweis in BGHZ 14,56 auf RG HRR 40,1359 bedeutet keine Übereinstimmung mit diesen Gedanken.
 - 3) JR 55,464.
 - 4) RGZ 80,221.

III. Weitere charakteristische Momente.

Die Rechtsprechung verbindet die gesellschaftliche Treupflicht nicht nur mit den genannten Generalklauseln und den zu ihnen entwickelten Formeln. Es handelt sich dabei um Maßstäbe, die vielfach als selbständige Rechtsbegriffe verstanden werden. Etwas anderes gilt für die folgenden Momente, die in den hier dargestellten Entscheidungen ebenso charakteristisch sind wie die zahlreichen Generalklauseln.

1. Etwa die Hälfte der Urteile, die mit der Treupflicht im Aktien- und GmbH-Recht operieren, begnügen sich nicht damit, eine " einfache " Verletzung der gesellschaftlichen Treue anzunehmen. Sie qualifizieren das mißbilligte Verhalten als schweren Verstoß oder (und) als grüßlich verschuldet.¹⁾ So wird es als grobe Verletzung der Treupflicht bewertet, wenn ein Aktionär der Gesellschaft selbstüchtig seinen Willen aufzwingen wolle.²⁾ In einem weiteren Fall wurde das umstrittene Verhalten als mit der Treupflicht völlig unvereinbar bezeichnet.³⁾ Schließlich sind Ausführungen zu erwähnen, daß es darauf ankomme, ob das Vorgehen der Klägerin diese (besondere) Treupflicht

1) Zur Bedeutung des Verschuldens in diesem Zusammenhang vgl. etwa die Stellungnahme von Knöpfel (Diss.) S. 180.

2) RGZ 146,395/6. Vgl. auch S. 397 a.a.O.

3) RGZ 167,75.

schuldhaft verletze.¹⁾ Die Beispiele des Reichsgerichts lassen sich vermehren.²⁾ Es wird aber in keinem Falle gesagt, daß es sich um eine spezielle Voraussetzung für den Erfolg der Klage oder des Einwandes handelt.³⁾ Da andere Urteile diese Gesichtspunkte auch nicht erwähnen, deutet alles darauf hin, daß mit den Steigerungen gröblich und verschuldet nur das Ergebnis im konkreten Fall bekräftigt werden soll. Die neuere Rechtsprechung ist in den einschlägigen Entscheidungen zurückhaltender. Für den wichtigen Grund zur Ausschließung hat der BGH betont, daß kein Verschulden erforderlich sei, ein Gesellschaftsmitglied vielmehr auch ohne Rücksicht auf Vorwerfbarkeit untragbar werden könne.⁴⁾ Das OLG Stuttgart verlangte an einer Stelle, "grob " gesellschaftswidrige Schädigungen zu unterlassen.⁵⁾

2. Wichtiger als diese speziellen Merkmale ist die fortlaufende Hervorhebung der besonderen Verhältnisse des Falles; die ständig wiederkehrende Forderung, alle Umstände zu berücksichtigen. Die generalisierenden Klauseln scheinen nur als Mittel zu dienen. Denn

1) RG JW 39, 1441/2.

2) Vgl. etwa RGZ 158, 254: Auch bei Annahme einer Treupflicht der Aktionäre untereinander, komme Schadensersatz nur bei vorsätzlicher Verletzung in Frage. Außerdem RG HRR 40, 1359 = Warn.Rspr. 41 Nr. 100 = SeuffA. 95 Nr. 2.

3) Allenfalls kann man RGZ 158, 254 als Ausnahme ansehen.

4) BGHZ 9, 164.

5) JR 55, 464. Vgl. auch OLG Hamburg JZ 53, 405 ff.

mit ihnen ebnet sich die Rechtsprechung den Weg zu den Gegebenheiten des Einzelfalles. Diese besonderen Umstände sind maßgebend für die Entscheidung. Hier liegt auch der eigentlich charakterisierende Zug der behandelten Urteile. Wenn das Reichsgericht die Vorinstanzen im Zusammenhang mit Treupflichtaussagen rügt, dann wesentlich wegen unterlassener Erörterung konkreter Vorgänge, deren Erheblichkeit nunmehr herausgestellt wird. Der Übergang zu diesen Gesichtspunkten erfolgt in verschiedenartiger Weise.

So verlangt das Reichsgericht z. B., den Vorwurf unzulässiger Rechtsausübung - gröblicher Treupflichtverletzung - in jedem speziellen Fall besonders vorsichtig zu behandeln.¹⁾ In einer anderen Entscheidung wird im einzelnen sorgsame Nachprüfung gefordert, ob sich die Beteiligten treuwidrig verhalten haben.²⁾ Ein klares Beispiel bietet die mit der jüdischen Rassezugehörigkeit begründete Ausschlößung eines Gesellschafters aus der GmbH.³⁾ Auch der Bundesgerichtshof, der zunächst ausgeführt hatte, daß die Treupflicht nicht zur alsbaldigen Anfechtung verpflichte, ergänzte, es seien keine besonderen Umstände festgestellt, die ein anderes

1) RGZ 146,396.

2) RG Dt.R. 40,245.

3) RGZ 169,330 ff, 335 ff.

Ergebnis begründen könnten.¹⁾ Noch deutlicher kommt das in einem Urteil zum Ausdruck, das sich mit dem Recht auf Vorlage, Einsicht und Auskunft befaßt.²⁾ Solche Befugnisse werden nur für die besondere Sachlage des Einzelfalles zugestanden, ohne derartige Situationen positiv genauer zu begrenzen.³⁾ Die Umstände wägt der BGH dann eingehend ab.

Vergleicht man die Gesichtspunkte, die in den Treupflicht-Beispielen als erheblich herausgestellt werden, so fällt vor allem die Betonung der wirtschaftlichen Verhältnisse auf. Die geschäftliche Lage der Gesellschaft wird häufig erörtert. Das gilt schon für zahlreiche der im 1. Abschnitt genannten Entscheidungen, die noch nicht mit Treupflichten operieren.⁴⁾ Mit dem wachsenden Bemühen um angemessene Ergebnisse erhielt die wirtschaftliche Situation des Unternehmens auch im Rechtsstreit immer größeres Gewicht. So wurde einer Auflösungsklage das glänzende Geschäftsergebnis der Gesellschaft entgegengehalten.⁵⁾ Die erfolgreiche Entwicklung wird im einzelnen dargelegt und sogar - vom Reichsgericht ! - der GmbH eine langfristige, günstige Wirtschaftsvorhersage gestellt.⁶⁾ Erst

1) BGH LM 1 zu § 197 AktG = NJW 52,98 - 99.

2) BGHZ 14,53 ff.

3) BGH a.a.O. S. 57: Voraussetzung ist ein wichtiger Grund.

4) Stichwort: Prüfung des Kapitalbedarfs. Bsp. RGZ 119,248 ff. = JW 28,625 ff.

5) RGZ 164,259 ff.

6) Der Krieg dürfte die Prognose bald überholt haben.

wenn das Gedeihen des Unternehmens unmittelbar und für einen bereits absehbaren Zeitpunkt in Frage gestellt sei, so heißt es, könnten persönliche Zerwürfnisse eine Auflösung rechtfertigen. Im vorliegenden Falle hätten aber die seit Jahren bestehenden Spannungen die Steigerung der Ertragsfähigkeit nicht verhindert. Das Reichsgericht hielt auch später daran fest, daß die wirtschaftliche Gefährdung bereits absehbar sein müsse.¹⁾ Diese Voraussetzung fehle, weil sich die GmbH geschäftlich sehr vorteilhaft entwickelt habe. An anderer Stelle wurde ausgeführt, daß die angegriffenen Beschlüsse, welche die Gesellschaft finanziell belasteten, angesichts der günstigen wirtschaftlichen Lage der GmbH nicht zu mißbilligen seien.²⁾ Umgekehrt wurde die Schwere eines Verstoßes damit begründet, daß er die Stellung der Gesellschaft im Wirtschaftsleben erschüttern könne.³⁾ Schlechte Geschäftsaussichten steigerten die Anforderungen " im Hinblick auf die besondere Treupflicht ".⁴⁾ Aus der Nachkriegsrechtsprechung sei die Entscheidung des OLG Hamburg erwähnt.⁵⁾ Der Vorwurf

1) RG HRR 40,1359 = Warn.Rspr. 41 Nr. 100 = SeuffA. 95 Nr. 2.

2) RGZ 170,377. (Bzgl. der Höhe der Bezüge.)

3) RG JW 39,1441/2. Eine bemerkenswerte Ausnahme ist RG Dt. R. 41,1305 ff., 1307/8, das den wirtschaftlichen Nutzen der Kapitalerhöhung nicht entscheidend berücksichtigte.

4) RGZ 167,75.

5) JZ 53,405 ff. mit Anm. Schilling.

einer Treupflichtverletzung wegen Opposition gegen die geplante Umwandlung der GmbH in eine AG wurde zurückgewiesen, weil - wie das Geschäftsergebnis zeige - das Unternehmen auch in der bestehenden Rechtsform befriedigende Ergebnisse erzielen könne. Der BGH als Revisionsinstanz wollte jedoch die Auslegung von den wirtschaftlichen Notwendigkeiten freihalten.¹⁾

Es lassen sich - unabhängig von typischen, besonderen Umständen - noch weitere Momente aufzählen, die für Entscheidungen, in denen von Treupflicht die Rede ist, charakteristisch sind. Gerade bei günstigen Geschäftsergebnissen betont die Rechtsprechung, daß eine Auflösung nur als letztes Mittel in Frage komme.²⁾ Entsprechendes gilt für die Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH.³⁾ Schließlich sei darauf hingewiesen, daß bisweilen im Zusammenhang mit der Treupflicht auch die Beweislast angesprochen wird.⁴⁾

IV. Erheblichkeit für die Ergebnisse.

1. Die Übersicht bestätigt, daß die Rechtsprechung in keinem Falle ausschließlich mit der Treupflicht und

1) BGHZ 14,37.

2) RGZ 164,260 ff., 264; RG HRR 40,1359 = Warn.Rspr. 41 Nr. 100 = SeuffA. 95 Nr. 2.

3) RGZ 169,334,338; BGHZ 16,317 ff., 322.

4) Besonders deutlich RGZ 146,396/7. Vgl. auch BGHZ 14,58 - 59.

ihren Umschreibungen argumentiert hat. Hier sind nur die wichtigsten, typischen Gesichtspunkte aufgezählt worden. Besonders auffallend ist die ständige, enge Verflechtung der Treupflicht mit anderen Klauseln, die in sehr unterschiedlicher Art und Weise erfolgt. Bisweilen scheint dieser Begriff im Mittelpunkt der Argumentation zu stehen. In anderen Fällen tritt die Treupflicht ganz an den Rand zurück, z. B. dann, wenn sie nur in zusammenfassenden Aussagen erwähnt wird. Jedenfalls sind die Überlagerungen der einzelnen Formeln so eng, daß sie eine Aufspaltung kaum zulassen. Die Argumentation kann nicht in die einzelnen Bestandteile zerlegt werden. Insbesondere die gesellschaftliche Treupflicht läßt sich nicht isolieren. Schon an dieser Stelle zeigt sich also, daß es die Rechtsprechung mit den vielfältigen Abgrenzungen, die im Schrifttum zwischen " Treupflicht " und den anderen Klauseln versucht werden, nicht genau nimmt. Anhaltspunkte in dieser oder jener Entscheidung werden in anderen Urteilen wieder aufgehoben. Die Verflechtungen lassen sich nicht in ein festes System pressen. Sie werden am konkreten Fall entwickelt und haben nur singuläre Bedeutung.

2. Die Eigenarten der behandelten Urteile leiten zu einer anderen Frage über, nämlich dem Einfluß der Treupflichtaussagen auf die Ergebnisse. Die mannigfaltigen Verbindungen legen zunächst die Annahme nahe, diese Klausel sei für die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits letztlich unerheblich. Eine solche Ansicht könnte sich vielleicht durch den Überblick des ersten Abschnitts, der die Rechtsprechung bis 1933 erfaßte, bestätigt sehen. Die erwähnten Beispiele hatten den Begriff Treupflicht noch nicht verwendet. Andererseits waren bereits viele Parallelen zu den späteren, einschlägigen Urteilen aufgetreten. Zahlreiche Klauseln, mit denen die Treupflicht in der Praxis so typisch verflochten wird, waren den älteren Entscheidungen durchaus geläufig. Außerdem hatten schon diese Beispiele die Umstände des Einzelfalles maßgebend berücksichtigt, besonders bei Kapitalveränderungen. Dennoch wäre die Folgerung, daß die Treupflicht der Rechtsprechung nur als sachlich überflüssiges Beiwerk¹⁾ diene, zumindest voreilig. Sie kann jedenfalls nicht mit der Austauschbarkeit gegen ähnliche Begriffe begründet werden. Zwar mag es sein, daß sich in die meisten Entscheidungen statt der Treupflichten andere Klauseln einfügen lassen, ohne die

1) - zwischen 1933 und 1945 etwa gar als bloße Konzession an den Zeitgeschmack -

Geschlossenheit der Argumentation zu gefährden.¹⁾

Vielleicht bedürfte es teilweise eines Wechsels nicht einmal, weil die restlichen Gesichtspunkte das Ergebnis tragen. Jedoch erscheint es gerade in den erörterten Beispielen fragwürdig, die Gründe vom konkreten Urteilsspruch zu trennen.²⁾ Eine solche Methode mag aus heutiger Sicht eine bessere Lösung entwickeln, würde aber das Verständnis der gesellschaftlichen Treupflicht in der Rechtsprechung kaum wesentlich fördern. Im übrigen sind derartige Erwägungen über den praktischen Sinn dieses Begriffs in den behandelten Entscheidungen umkehrbar. Man kann nämlich auch Treu und Glauben, Zumutbarkeit, die guten Sitten usw. jeweils isoliert betrachten und neben den vielen verbleibenden Klauseln für überflüssig erklären. Bei der engen Verflechtung aller Maßstäbe ist dieser Weg nicht unrichtiger als der andere. Damit heben sich die Versuche, eine der Formeln als erheblich zu bestimmen und die anderen auszuschalten, gegenseitig auf. Der Ansicht, das Reichsgericht habe zwar auch mit der Treupflicht operiert, aber in Wirklichkeit nach Treu und Glauben etc. entschieden,³⁾ kann also nicht ohne weiteres gefolgt

1) Vgl. A. Hueck, Treuegedanke, Anm. 45.

2) Vgl. J. v. Gierke ZHR 111, 197/8; Hachenburg-Schilling, Anm. 2, Anh. I zu § 3 GmbHG.

3) A. Hueck a.a.O., besonders zu RGZ 146, 385 ff; Staud.-Weber, § 242 BGB, A 256 zu BGH IM 1 zu § 197 AktG. Vgl. auch Hachenburg-Schilling, Anm. 27 zu § 14 GmbHG; Haupt-Reinhardt, Ges.R. S. 113.

werden. Vielmehr bedarf es noch einer genaueren Analyse der Rechtsprechung.

5. Abschnitt.

- - - - -

Treupflicht als Rechtsbegriff ?

I. Sachverhalte und Rechtsfolgen.

1. Den Entscheidungen, die mit Treupflichten argumentieren, liegen sehr unterschiedliche Sachverhalte zugrunde. Die einschlägige Rechtsprechung beschränkt sich nicht auf bestimmte Bereiche. Wenn die Praxis mit Treupflichten operiert, besteht keine Gewähr, daß diese Gedanken bei ähnlichen Problemen wiederkehren. Sie lassen sich nicht sicher voraussagen. Demgemäß ist von Treupflichten ständig in neuen Zusammenhängen die Rede, in denen die Rechtsprechung sich bisher mit anderen Formeln begnügt hat. Besonders bei der Entscheidung tatsächlicher oder vermeintlich singulärer Fälle wird die Treupflicht in der Praxis gern herangezogen. Trotz aller Unterschiede weisen die Beispiele jedoch einige typische Grundzüge auf. Es handelt sich um innergemeinschaftliche Auseinan-

dersetzungen. Die natürlichen Interessengegensätze der Gesellschafter werden durchweg intern geklärt. Auch erhebliche Kontroversen lassen sich meist innerhalb der Gesellschaft bereinigen, weil dies für alle Beteiligten vorteilhaft ist. Schon die Kenntnisnahme der Öffentlichkeit kann sich ungünstig auswirken. Die Meinungsverschiedenheiten bekommen eine neue Dimension, wenn der Rahmen der Gesellschaft gesprengt wird. Eine solche Zuspitzung widerspricht den wohlverstandenen Interessen aller Gesellschafter. Außerdem stehen häufig erhebliche Werte auf dem Spiel, deren Zerstörung volkswirtschaftlich unerwünscht ist. Die Auflösung eines gesunden Unternehmens wirkt als Ergebnis eines Rechtsstreits unbefriedigend. Ein Ausgleich scheint in den Konflikten der Gesellschafter untereinander aus vielen Gründen erstrebenswert. Die eindeutige Entscheidung bedeutet jedoch oft gerade das Gegenteil. Der durchschlagende Erfolg einer Partei und die vollständige Niederlage des Gegners kann den Streit zu einem endgültigen Zerwürfnis vertiefen.

Die Rechtsprechung versucht, solche Folgen nach Möglichkeit zu vermeiden. Viele Entscheidungen lassen das Bestreben erkennen, die Tür zu einer Verständigung offen zu halten, jedenfalls die wirtschafts-

lichen Werte zu bewahren.¹⁾ Dieses Ziel ist für die staatlichen Gerichte nicht leicht erreichbar. Denn aus den einschlägigen Rechtsnormen läßt sich das angemessene, vermittelnde Ergebnis oft schwerlich ableiten. Die Konsequenzen von Gesetz und Satzung sind unbefriedigend. Viele Entscheidungen lassen diesen Zwiespalt deutlich erkennen. So ist besonders für die Urteile des Reichsgerichts, in denen mit Treupflichten operiert wird, die Zurückverweisung zur erneuten tatsächlichen Aufklärung ein typisches Ergebnis.²⁾ Der Hinweis auf bisher nicht als erheblich angesehene Behauptungen mag in einigen Fällen fragwürdig wirken. Die Feststellung dieser Umstände erscheint als letzte Möglichkeit, doch noch eine angemessene Lösung zu erzielen. Bisweilen ist zu spüren, daß die Tatsacheninstanz über die weitere Aufklärung in eine bestimmte Richtung gedrängt wird.³⁾

Eine Bestätigung für die Schwierigkeiten der Rechtsprechung läßt sich auch aus der Vielzahl der nebeneinander verwendeten Klauseln ablesen. Das gilt nicht nur für solche höchstrichterlichen Entscheidungen, die im Aktienrecht oder GmbH-Recht mit Treupflichten operieren, ist aber hier besonders typisch.

- - - - -
- 1) Das wird deutlich, wenn die Auflösung nur als letztes Mittel bleibt. RGZ 164,263/4. Zum Vergleich: Feine, Ehr.Hdb. III 3, 513/4. Entsprechendes gilt von den Gründen für den Ausschluß eines GmbH-Mitgliedes. RGZ 169,330 ff.; BGHZ 9,159/60.
 - 2) RGZ 146,385 ff.; 164,257 ff.; 169,330 ff.; RG Dt. R. 40,244 ff.; RG HRR 40,1359 = Warn.Rspr. 41 Nr. 100 = SeuffA 95 Nr. 2; RG JR 48,254 ff. u.a.
 - 3) Besonders klar in RGZ 169,330 ff.

Die erörterten Beispiele wirken fragmentarisch. Ihre Zahl geht in den letzten Jahren weiter zurück.

2. In diesem Zusammenhang ist auf die Bedeutung der Schiedsgerichte hinzuweisen. Mit der wachsenden Berücksichtigung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten im weitesten Sinne und damit der Tendenz zu ausgleichenden Regelungen, nähert sich der Zivilrichter in Methoden und Ergebnissen dem privaten Schiedsrichter.¹⁾ Viele innergesellschaftliche Streitigkeiten, die Treupflichtausführungen gestatten könnten, werden nicht vor die staatlichen Gerichte getragen. Die Schiedsgerichte bieten den Beteiligten bei diesen Auseinandersetzungen erhebliche Vorteile.²⁾ So wird die Publizität öffentlicher Verhandlungen vermieden, die ungünstige geschäftliche Folgen haben kann. Sehr wichtige Faktoren sind auch Kosten und Dauer des Rechtsstreits.³⁾ Gerade die besprochenen Beispiele aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung haben die Prozesse häufig noch nicht endgültig abgeschlossen.

Das Verfahren der Schiedsgerichte können die Beteiligten weitgehend selbst regeln. § 1034 I, II ZPO. Im Rahmen der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung ist der Parteiwille auch für die Bindung an

1) Vgl. dazu Rittner, Ermessensfreiheit, z. B. S. 27; Esser, Vorwort, S. 6/7.

2) Vgl. z. B. Schönke, Schiedsgerichtsverfahren, S. 262 f.; Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit (2), S. 50 f.

3) wie Anm. 2). Vgl. auch A. Hueck, RG-Praxis IV, S. 169.

das materielle Recht maßgebend, § 1041 I 2 ZPO.¹⁾ Geschäftsleute legen meist in erster Linie auf ein wirtschaftlich verständiges Ergebnis Wert.²⁾ Selbst wenn dieser Wille bei den hier erfaßten innergesellschaftlichen Auseinandersetzungen nicht zu ermitteln ist, können die Schiedsgerichte nach Billigkeit entscheiden.³⁾ Sie haben also stets die Möglichkeit einer freieren Fragestellung. Die wirtschaftlichen Konsequenzen lassen sich unmittelbar in die Erörterung einbeziehen. Besondere Bedeutung haben die Anschauungen der beteiligten Wirtschaftskreise, was die Parteien durch Auswahl der Schiedsrichter selbst anzeigen. Nach alledem vermögen die Schiedsgerichte das angemessene Ergebnis nicht nur wesentlich schneller und billiger zu erzielen, sondern auch besser, nämlich mit auf die Interessenlage der Beteiligten zugeschnittenen Maßstäben.⁴⁾ Die sogenannten besonderen Umstände des Einzelfalles, die den ordentlichen Gerichten große Schwierigkeiten bereiten, können sie ohne weiteres berücksichtigen. Auch irrationale Elemente spielen legitim in die Entscheidungen der Schiedsgerichte hinein.

Allerdings gelten die §§ 1025 ff. ZPO nicht, soweit

1) Baumb.-Schwab a.a.O. S. 121: h. M.

2) Baumb.-Lauterbach, ZPO, 2 B Einf. §§ 1034 ff.

3) Baumb.-Lauterbach a.a.O. Grund: § 1041 I ZPO.
Vgl. auch Esser, Grundsatz, S. 342 und Anm. 63.

4) Ggfs. können die Schiedsgerichte sogar den Gesellschaftsvertrag an die veränderten Umstände anpassen. Vgl. z. B. Buchwald BB 53,459.

es sich um Befugnisse der Gesellschafterversammlung handelt.¹⁾ Werden solche Aufgaben einem Schiedsgericht übertragen,²⁾ so ist dieses ein Gesellschaftsorgan. Seine Entscheidungen unterliegen dann den gewöhnlichen Rechtsbehelfen gegen Gesellschaftsbeschlüsse. Die Anfechtungs- und die Nichtigkeitssklage können zudem den ordentlichen Gerichten nicht entzogen werden.³⁾⁴⁾ Gerade diese Klagen liegen vielen einschlägigen Beispielen zugrunde.

3. Den staatlichen Gerichten ist es grundsätzlich verwehrt, in der geschilderten Weise zu verfahren. Sie würden sich leicht dem Vorwurf aussetzen, nach ausserrechtlichen Maßstäben zu entscheiden. Ihre Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) scheint mit der Freiheit der Schiedsgerichte unvereinbar. Aber diese Schranken werden problematisch, wenn die normative Regelung zu unbilligen Ergebnissen führt. Die gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorschriften wirken dann als Hindernisse, nicht als Stützen.

Diese Schwierigkeiten sind zu beachten, wenn die Treupflichtausführungen der Praxis analysiert werden. Der Zusammenhang wird weitgehend durch die Art der Argumentation verdeckt. Auf diese Weise vermag der Eindruck zu entstehen, das Ergebnis

1) BGHZ 43,261 ff., II. ZS.

2) § 45 GmbHG erlaubt das in weitem Umfang. BGH a.a.O.

3) BGH MDR 51,674, II. ZS.

4) Vgl. außerdem BGHZ 38,155 ff., II. ZS.

werde aus einem dogmatisch gesicherten Rechtsbegriff Treupflicht entwickelt. Aber schon die ständige Verknüpfung mit zahlreichen anderen Generalklauseln erschüttert diese Vorstellung. Da die Einzelheiten nicht etwa bestimmten Begriffen zugeordnet werden, sondern durchweg mehreren oder sogar allen zusammen, lassen sich diese Verbindungen nicht auflösen. Eine Subsumtion¹⁾ ist schon deshalb kaum vorstellbar. Außerdem dringt für Treu und Glauben, gute Sitten etc. immer stärker die Erkenntnis durch, daß sich diese Maßstäbe nicht mittels bloßer logischer Unterordnung handhaben lassen.²⁾ Die Parallele zur Treupflicht liegt nahe.

Ein weiteres Argument ist der Stellungnahme des Schrifttums zu den dargestellten Entscheidungen zu entnehmen. Die Urteile finden im Ergebnis durchweg Zustimmung, auch wenn die Argumentation nicht überzeugt.³⁾ Der Ausspruch wird also von der Begründung getrennt; die Lösung der einzelnen Fälle erscheint letztlich angemessen.

Das wirft die Frage auf, wie der Richter das macht,

-
- 1) Im Sinne einer logischen Unterordnung, vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 218, Anm. 2; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 5/6.
 - 2) Vgl. F. v. Hippel, Richtlinie und Kasuistik, S. 171 ff., (in Rechtstheorie und Rechtsdogmatik); Wieacker, Präzisierung S. 14 - 16; Larenz a.a.O. S. 218; Rittner, Ermessensfreiheit, S. 24, 26, 41, 43, 45 u.a.
 - 3) A. Hueck, Treuegedanke, Anm. 45 als klares Beispiel. Vgl. auch W. Schmidt in Großkom. Anm. 34 zu § 114 AktG.

wie er das sachgemäße Ergebnis praktisch herbeiführt. Auf diesen Punkt konzentriert sich die Analyse der dargestellten Treupflichtaussagen. Daraus folgt, daß sie in einen größeren Rahmen ein-geordnet werden müssen: Das Verhältnis des Richters zum geschriebenen Recht.¹⁾ Es handelt sich also um die Stellung des Richters überhaupt, seine Freiheit und seine Bindung. Wenn die Rechtsprechung mit der gesellschaftlichen Treupflicht operiert, geht es letztlich um dieses Problem. Dieser Begriff ist eine der rechtlichen Formen, in denen die Praxis die Auseinandersetzung vollzieht. Die Treupflicht, so läßt sich ihr Sinn vorläufig umschreiben, ist für den Richter ein Hilfsmittel, um den Zwiespalt zwischen gesetzlicher Regelung und angemessenem Ergebnis zu überbrücken.²⁾ Sie leitet über zu den Umständen des Einzelfalles. Deren Abwägung und die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits vollzieht sich jenseits der vorgeprägten Treupflichtformeln.

1) Dies ist auch die Grundfrage der anderen, mit der Treupflicht verknüpften Klauseln. Vgl. Wieacker, Präzisierung, S. 21 zu § 242 BGB.

2) Vgl. auch Würdinger, Ges.R. I, S. 38 und Aktienrecht (1), S. 45, der " Treupflicht " nur als begrifflichen Ausdruck des allgemeinen, rechtspolitischen Problems ansieht, wie die Rechte der Mitglieder zu begrenzen seien.

II. Grundproblem. Richter und geschriebenes Recht.

Die Spannung zwischen Freiheit und Bindung der Rechtsprechung ist ein zeitloses Problem. Es ist gerade während der letzten Jahre wieder in den Vordergrund der rechtswissenschaftlichen Diskussion gerückt. Diese Erörterungen lassen sich hier nicht weiterführen oder gar vertiefen. Bereits eine bloße Darstellung der wesentlichen Linien würde den Rahmen des Themas sprengen. Zudem haben die wenigen Beispiele dieses grundsätzliche Problem nur in einem Ausschnitt sichtbar gemacht. Die Stellung des Richters gegenüber dem geschriebenen Recht wird deshalb nur kurz angesprochen, nämlich soweit es für das Verständnis der gesellschaftlichen Treupflicht in der Praxis unentbehrlich ist. Schon aus diesem Grunde betreffen die folgenden Ausführungen unmittelbar nur den Zivilrichter:

Methodisch hatte sich im Laufe des 19. Jahrhunderts ein streng begrifflich-deduktives Rechtsdenken durchgesetzt.¹⁾ Den Höhepunkt dieser Entwicklung bildete der sog. Gesetzespositivismus. Während der Gesetz=

1) Zur Geschichte und den geistigen Grundlagen vgl. vor allem Wieacker, Privatrechtsgeschichte, 4. und 5. Teil, bes. S. 253 ff., 271 ff., 327 ff.; Boehmer, Grundlagen II 1, besonders S. 122 ff.; Larenz, Methodenlehre, I. Teil, 2. - 4. Kapitel, S. 16 ff.

geber die Stellung einer dogmatischen Autorität einnahm, wurde die Tätigkeit des Richters auf Interpretation¹⁾ und Subsumtion beschränkt.²⁾ Das System war scheinbar lückenlos. Es ging jedoch in der Praxis nie auf.³⁾ Trotz dieser Erfahrung hielt die Rechtsprechung äußerlich, in der Sprache, an einer ausschließlich logisch-erkenntnismäßigen Gesetzesanwendung fest.⁴⁾ Auch in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes kommen diese Vorstellungen weiterhin zum Ausdruck.⁵⁾ Die neuere Methodenlehre hat sich jedoch zunehmend von der Ansicht gelöst, daß Rechtsprechung als reiner Erkenntnisvorgang zu begreifen sei.⁶⁾ Der Richter wird nicht mehr als bloßes Vollzugsorgan des Gesetzgebers angesehen. Neben den Erkenntnisakt treten die sog. volitativen Elemente. Vielleicht wird das Entscheidungs=

1) Diese wurde nicht etwa als Entscheidung verstanden. Vgl. nunmehr Wieacker, *Richterkunst*, S. 7.

2) Vgl. die S. 167, Anm. 1) Genannten. Außerdem Esser, *Grundsatz*, z.B. S. 242; Rittner, *Ermessensfreiheit*, S. 25, 43.

3) Esser, *Grundsatz*, S. 4; Rittner a.a.O.; Wieacker, *Richterkunst*, S. 6; Boehmer, *Grundl. II* 1, S. 126 und II 2, fortlaufend, (Beispiele.)

4) Entsprechendes gilt für den Gesetzgeber. Rittner a.a.O. S. 30 ff., 43; Esser a.a.O. z.B. S. 293/4.

5) Rittner a.a.O. S. 45 ff.

6) Vgl. z. B. F. v. Hippel, *Richtlinie*, S. 157 ff., (in *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*); Boehmer, *Grundl. II* 1, 174 ff.; II 2 (Beispiele); Engisch, *Einführung*, S. 106 ff.; Wieacker, *Präzisierung*, S. 7 ff.; dazu Esser *JZ* 56, 555 ff.; Esser, *Grundsatz*, fortlaufend, z. B. S. 242 ff.; dazu Wieacker *JZ* 57, 701 ff.; Larenz, *Methodenlehre*, S. 233 ff., 273 ff.; neuerdings vor allem Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, mit einem Vorwort von Esser, S. 5 - 20, dem Referat von Rittner für das deutsche Recht. S. 21 - 52, sowie den Diskussionsbeiträgen, S. 114 ff.

moment heute bereits übermäßig in den Vordergrund gerückt.¹⁾ Jedenfalls ist Rechtsprechung mehr als streng logische Subsumtion des Besonderen unter das Allgemeine. Gerade das richterliche Urteil ist auch Gestaltung, d. h. Rechtsbildung.²⁾

Dieses Problem des Richterrechts tritt in allen Sachgebieten auf.³⁾ Es läßt sich insbesondere nicht auf die Fälle beschränken, in denen der Gesetzgeber der Rechtsprechung bewußt Freiheiten einräumt, was in sehr unterschiedlicher Weise geschehen ist.⁴⁾ Dem Richter ist die Gestaltung von Rechtsverhältnissen auch dann aufgegeben, wenn keine Norm ihm diese Befugnis ausdrücklich verleiht.⁵⁾

Weiter soll den neueren Methodenlehren im Grundsätzlichen hier nicht nachgegangen werden. Sie mögen sachlich noch vielfältig voneinander abweichen. Es bedarf jedoch keiner Stellungnahme zu den Einzelheiten, um die Fruchtbarkeit dieser methodischen Untersuchungen für das Verständnis der gesellschaftlichen Treupflicht in der Argumentation der Gerichte nachzuweisen.

1) Vgl. z. B. Wieacker, *Richterkunst*, S. 7; dazu Rittner, *FamRZ* 1961, 4 Anm. 63.

2) Vor allem Esser, *Grundsatz*, fortlaufend.

3) Rittner, *Ermessensfreiheit*, S. 22/3, mit Zitaten; Esser, *Vorwort*, S. 12/3.

4) Zur Entwicklung und gegenwärtigen Tendenz der Gesetzgebung, vgl. Rittner a.a.O. (Anm. 3), S. 30 ff., 37 ff.

5) Rittner a.a.O. (Anm. 3), S. 27. Die überkommenen Abgrenzungen der Rechtsprechung von der Verwaltung werden damit mindestens unscharf. Vgl. schon Hedemann, *Flucht in die Generalklauseln*, S. 58.

Ausgangspunkt ist also die Erkenntnis richterlicher Rechtsbildung auch in gesetzlich geregelten Bereichen. Die Freiheit zur rechtsgestaltenden Entscheidung läßt sich am besten als Ermessen kennzeichnen.¹⁾ Eine Umschreibung dieser Seite der richterlichen Tätigkeit ist weit zu fassen.²⁾ Ermessen wird immer dann ausgeübt, wenn der Richter zwischen mehreren Möglichkeiten abwägt und sachlich entscheidet.³⁾ Es handelt sich also um einen großen Bereich, der hier nicht weiter aufgegliedert werden kann.⁴⁾ Die Gesetze selbst gewähren dem Richter in vielfältiger Weise Spielraum, vor allem durch die sogenannten Generalklauseln. Wenn die Rechtsprechung mit Treu und Glauben oder den guten Sitten operiert, handelt es sich nicht um die Auslegung von Normen. Der Text der §§ 138, 242 BGB, § 1 UWG etc. hilft kaum weiter. Aus den gesetzlichen Formeln kann die Antwort im konkreten Falle nicht abgeleitet werden.⁵⁾ In der einschlägigen Praxis erweist sich vielmehr die rechtsgestaltende Arbeit der Gerichte. Das geschaf=

1) Rittner, Ermessensfreiheit, S. 26/7; Larenz, Methodenlehre, S. 222 ff.

2) Begründung bei Rittner a.a.O. S. 21 ff., 26.

3) Rittner a.a.O. S. 26/7.

4) Vgl. besonders Esser, Grundsatz, fortlaufend; Wieacker, Richterkunst, S. 12 ff.

5) Vgl. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, z. B. S. 57/8; Esser a.a.O. z. B. S. 150 f.; Wieacker, Präzisierung, S. 14 - 16 und S. 20, Anm. 39; Larenz, Methodenlehre, S. 218; Rittner, Ermessensfreiheit, S. 24. Boehmer, Grundl. II 1, S. 174, spricht vom rechtsergänzenden Kodex der guten Sitten, den die Rechtsprechung entwickelt habe.

fene Recht kommt in der Kasuistik zum Ausdruck.¹⁾

Die rechtsbildende Kraft der Urteile wird allerdings durch die Begründungen verdeckt, die meist den Eindruck einer bloßen Subsumtion erzeugen.²⁾

2. Entsprechendes gilt für die hier dargestellten Entscheidungen. Das Operieren mit der gesellschaftlichen Treupflicht markiert in der Praxis die Ausübung richterlichen Ermessens. Die Klausel deutet das schon in ihrem Treu und Glauben verwandten Wortlaut an. Ständige Betonung der speziellen Verhältnisse zeigt, daß es sich nicht um begrifflich-deduktive Subsumtionen handelt. Zwar wird nicht in allen Beispielen ausdrücklich erklärt, daß die Umstände des Einzelfalles maßgebend zu berücksichtigen seien.³⁾ Aber die Bedeutung der besonderen Gegebenheiten kommt stets zum Ausdruck. Bestärkt wird diese Ansicht durch die generalisierenden Umschreibungen der Treupflicht des Aktionärs oder GmbH-Gesellschafters. Sie bestätigt sich schließlich in den eingehend aufgezeigten Verknüpfungen mit Treu und Glauben, den guten Sitten sowie ähnlichen Formeln. Im konkreten Fall ist die Treupflicht aus diesen Beziehungen kaum zu lösen. Bei einem Blick über einen

1) Esser, Grundsatz, S. 151.

2) Rittner, Ermessensfreiheit, S. 43 ff.

3) Bsp.: RGZ 146,396; RG Dt.R. 40,245; RGZ 169, 330 ff., 335 ff.; BGH LM 1 zu § 197 AktG; BGHZ 14,53 ff. Deutlich sind vor allen Dingen die Urteile, die zur weiteren Aufklärung zurückverweisen.

längeren Zeitraum läßt jedoch die Art und Weise, in der die Rechtsprechung die erörterten Klauseln handhabt, diese als austauschbar erscheinen. Allerdings ist die gesellschaftliche Treupflicht nicht in gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich niedergelegt. Dieser Unterschied zu den Gedanken, die in §§ 138, 242 BGB u. v. a. normiert sind,¹⁾ ist für das grundsätzliche Verständnis unerheblich.

Der weithin notwendige²⁾ Spielraum, den der Gesetzgeber der Rechtsprechung einräumt,³⁾ vermag die richterliche Gestaltung aus eigener Freiheit nicht auszuschließen. Zwar ermächtigen die mannigfaltigen Ermessensnormen die Gerichte nicht nur, gewisse Sachfragen selbst zu regeln.⁴⁾ Vielmehr entwickelt die Praxis von Fall zu Fall auch Inhalt und Grenzen dieser Bestimmungen. Aber so sehr ihre Reichweite auch ausgedehnt wird, es lassen sich auf diese Basis doch nicht alle Entscheidungen stützen. Der Richter muß immer wieder die Grenzen des positiven Rechts sprengen und zur Billigkeit greifen. Neben der Ausnutzung des gesetzlich eingeräumten Ermessens bleibt der Durchbruch zur Billigkeit für die Rechtsprechung unent-

1) Vgl. oben S. 169.

2) Vgl. z. B. Larenz, Methodenlehre, S. 223.

3) Kritisch zur Gesetzgebung schon Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, z. B. S. 66; neuerdings eingehend Rittner, Ermessensfreiheit, bes. S. 37 ff.

4) Rittner a.a.O. S. 41.

behrlich.¹⁾ Die Kennzeichnung als richterliches Ermessen im hier gemeinten Sinne hängt nicht davon ab, ob der Gesetzgeber die Gestaltungsbefugnisse ausdrücklich zuweist oder die Rechtsprechung aus eigener Freiheit verfährt.²⁾

Die neueren methodischen Erkenntnisse erlauben zunächst ein genaueres Verständnis des Schrifttums zur gesellschaftlichen Treupflicht im Aktien- und GmbH-Recht. Es wurde bereits mehrfach erwähnt, wie die Nachkriegsliteratur zu den einschlägigen Urteilen des Reichsgerichts Stellung nimmt. Die Ergebnisse der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis 1945 werden noch heute durchweg gebilligt, die Begründungen aber verworfen.³⁾ Mit der Einsicht in die gestaltende Tätigkeit des Richters wird die Billigung der konkreten Entscheidungen verständ-

1) Rittner, Ermessensfreiheit, S. 42/3, 51; Esser, Vorwort, S. 18/19. Ein selbständiger Maßstab "Billigkeit" gilt heute durchweg als fragwürdig. Vgl. Esser, *summum ius*, S. 22 ff.; vorher schon in Grundsatz und Norm, fortlfd., z. B. S. 65; Wieacker, Präzisierung, S. 7; auch Rittner a.a.O., z. B. S. 24 (und Anm. 18). Diese Kritik betrifft jedoch nicht die oben angedeutete Aufgliederung des richterlichen Ermessens in mehrere Stufen.

2) Rittner a.a.O. S. 27.

3) Bsp. A. Hueck, Treuegedanke, Anm. 45; auch Hachenburg-Schilling, Anm. 26/7 zu § 14 GmbHG; Staud.-Weber, A 256 zu § 242 BGB. Anders noch v. Boehmer JR 49,557 ff. und Löhlein JR 50, 497 ff., die dem Reichsgericht auch in der Argumentation folgten. Im übrigen billigte schon Hachenburg in LZ 07,460 ff. die bis zu seinem Aufsatz erschienenen Urteile im Ergebnis.

lich, während sich die Gründe den Formeln des Schrifttums eben oft nicht unterordnen lassen. Für die Überprüfung der Praxis ist ein funktionaler Ansatz wichtig. Die Ausübung des richterlichen Ermessens hängt von den jeweiligen, sachlichen Aufgaben ab, die der Rechtsprechung gestellt sind.¹⁾ In den erörterten Beispielen handelte es sich wesentlich darum, die Rechte und Pflichten von Aktionären und GmbH-Mitgliedern zu beurteilen.

III. Treupflicht und richterliches Ermessen.

Die skizzierten methodischen Erkenntnisse neuerer Untersuchungen bilden den Ausgangspunkt. Sie ermöglichen eine genauere Analyse der Rechtsprechung im Hinblick auf die sogenannte Treupflicht der Aktionäre und Mitglieder einer GmbH. Die bisherigen Ergebnisse dürfen allerdings nicht zu der Ansicht verleiten, daß es sich in allen dargestellten Beispielen nur um die Ausübung richterlichen Ermessens handelt, wenn von Treupflichten die Rede ist. Abgesehen von bloßen floskelhaften Wendungen wirkt der Griff zur Treupflicht in einigen Fällen mindestens voreilig. Der Urteilsspruch ließ sich in gesicherten Bahnen entwickeln. Die Einsicht in die gestal-

1) Rittner, Ermessensfreiheit, S. 29 f.; ders. a.a.O. S. 119 f., (Diskussionsbeitrag).

tende Seite der richterlichen Tätigkeit darf nicht veranlassen, systematische Konsequenzen überhaupt auszuschalten. Vielmehr schließen die genannten, methodischen Abhandlungen zugleich eine Rückbesinnung auf die dogmatischen Grundlagen ein. 1)

1. Das ist gerade im Körperschaftsrecht zu beachten. Allerdings dürfen diese Gemeinschaftsverhältnisse nicht - wie es häufig geschieht²⁾ - aus dem System der individuellen Rechtsgeschäfte entwickelt werden. Wie Beyerle gezeigt hat,³⁾ lassen sich die vertraglichen Verbindungen des Zivilrechts auf drei Grundformen zurückführen. In einer neueren Fassung⁴⁾ sind dies:

- a) Die Tatbestände des Interessengegensatzes;
Leistungsaustauschgeschäfte.
- b) Die Tatbestände der Wahrnehmung fremder Interessen; Geschäftsbesorgung, Treuhand und die sonstigen Formen des Eintretens für einen anderen.
- c) Die Tatbestände der Interessenverbindung;
Geschäfte mit gemeinschaftlichen Interessen.

Die Gesellschaften sind also der dritten Gruppe

-
- 1) Vgl. besonders Wieacker, Präzisierung; Larenz, Methodenlehre, II. Teil, S. 144 ff.; Rittner, Ermessensfreiheit u. a.
 - 2) Kritisch z. B. Rittner a.a.O. S. 24, (Anm. 17).
 - 3) Beyerle, Treuhand, S. 17 - 19. Diese Ordnung, die gleitende Übergänge nicht ausschließt, hat mit Recht viel Beifall gefunden. Bsp. Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 4 II.
 - 4) Würdinger, Gesellschaften I, S. 10 ff.; Rittner, Ausschließlichkeitsbindungen, S. 112.

zuzuordnen. Aus dieser Einstufung ist die Eigenart gesellschaftlicher Rechte und Pflichten primär zu verstehen.

Das zweite wesentliche Element ist die Struktur des Körperschaftsrechts. Es handelt sich um verhältnismäßig geschlossene Rechtsgebiete. Die Erkenntnis richterlicher Gestaltungsbefugnisse darf nicht verleiten, dieses System aufzulösen. An den körperschaftlichen Rechtsformen findet die Freiheit des Richters eine Schranke. Die Rechtsprechung darf nicht " nach Ermessen " die Unterschiede zwischen AG und GmbH einebnen oder beider Grenzen gegen die Personalgesellschaften verwischen. Ein solches Verfahren würde das Körperschaftsrecht aushöhlen oder sogar sprengen, obwohl gerade hier Stabilität unverzichtbar ist.¹⁾ Gewiß können die Eigenarten einer speziellen AG oder GmbH berücksichtigt werden, aber es ist stets zu beachten, daß nur bestimmte Gesellschaftsformen zugelassen sind. Eine schrankenlose und unkontrollierbare Billigkeit müßte sich in diesem System besonders zerstörend auswirken.

Manche der dargestellten Entscheidungen des Reichsgerichts, vom Ton der Zeit beeinflußt, fordern zur Kritik heraus. Die wiederholten Äußerungen im Zusammenhang mit der Treupflicht, daß die Form nicht über der Sache stehen dürfe, sind gerade im Körper-

1) Rittner, Ermessensfreiheit, S. 42 (Anm. 77).

schaftsrecht fragwürdig.¹⁾ Ähnlich heißt es in einem Beispiel des Kammergerichts,²⁾ es komme nicht auf die formelle Gesellschaftereigenschaft an, sondern der Einfluß auf die Willensbildung des abstimmenden Aktionärs sei maßgebend. Wenn auch das Ergebnis des konkreten Falles zutreffend sein mag, so erscheint doch im Hinblick auf die Tendenz, die in solchen Sätzen hervortritt, eine Betonung der systematischen Grundlagen angebracht. Eine Weiterentwicklung der Gesellschaftsformen könnte sich auch für die Praxis als gute Stütze erweisen. Allerdings können AG und GmbH nicht durch Summierung der gesetzlichen Vorschriften erfaßt werden. Die Normen regeln nur Einzelfragen.³⁾ Die Struktur der Gesellschaften tritt eigentlich erst hinter dem Gesetz hervor.⁴⁾ Das kann hier nicht weitergeführt werden. Es bleibt ausdrück=

1) Bsp. RGZ 146,76; 146, 391 - 393. Nicht unbedenklich in der Grundeinstellung auch Siebert in JW 35,1553/4 = Anm. zu RGZ 146,385 ff. und in Verwirkung, S. 225 ff., wenn er dort ausführt, es dürfe nicht zu einer formalrechtlichen Erstarrung kommen. Entsprechende Vorbehalte sind gegenüber großen Teilen des einschlägigen Schrifttums dieser Zeit zu erheben. Vgl. z. B. Claren, ZAkDR 37,491. Kritisch aber C. Ritter, JW 34,3029.

2) KG JW 35,2154.

3) So z. B. schon C. Ritter JW 34,3025.

4) Vgl. Rittner, Unternehmen, S. 9/10; Larenz, Methodenlehre, S. 333 ff., 353 ff.

lich offen, ob die Entfaltung des Gesellschaftsbegriffs, eine typologische Methode¹⁾ oder ein anderer Weg geeigneter ist.²⁾ Wesentlich ist hier nur, daß sich durch Rückgriff hinter die einzelnen Vorschriften systematische Lösungen entwickeln lassen. Bei den wenigen Urteilen, die im Zusammenhang mit der Treupflicht von dem Wesen der Gesellschaft sprechen, liegt dieser Gedanke am Rande.³⁾ Immerhin mögen sich hier Ansätze zeigen. Aber praktisch werden die Ergebnisse kaum aus der Struktur der AG bzw. GmbH oder auf ähnliche Weise entwickelt.

Vielleicht mag die Abweisung einer Schadensersatzklage als Ausnahme erscheinen.⁴⁾ Das Reichsgericht erklärte eine Haftung für fahrlässige Schädigung der Mitaktionäre für ausgeschlossen. Eine derart strenge Haftung sei unvereinbar mit dem Wesen einer Aktiengesellschaft.⁵⁾ Diese Argumentation wird jedoch durch das Operieren mit der Treupflicht nur verwässert. Das Beispiel zeigt, wie das Reichsgericht mit diesem Begriff ein Scheinproblem aufwirft, während das Ergebnis systematisch entwickelt werden konnte. Die Vorstellung einer gesellschafts-

1) Vgl. z.B. Larenz, Methodenlehre, S. 340 f.

2) Vgl. z.B. Rittner, Unternehmen, S. 10 ff.

3) RGZ 164,262; 167,73/4; BGHZ 14,55/6.

4) RGZ 158,248 ff., 254/5.

5) Außerdem beruft sich das Reichsgericht auf § 101 des neuen Aktiengesetzes (1937). Die Entscheidung selbst erging noch zum alten Aktienrecht.

lichen Treupflicht kann die Praxis also verleiten, einen dogmatisch sicheren und traditionellen Weg zu verlassen.

In diesen und ähnlichen Fällen bedarf es der Treupflicht nicht. Dennoch haben die zugrunde liegenden Vorstellungen im hier erörterten, dogmatischen Bereich einen richtigen Kern. Wenn eine im Schrifttum verbreitete Ansicht aus dem personenrechtlichen Charakter der Gesellschaften¹⁾ eine Treupflicht ableitet,²⁾ so geht sie über die Summe der gesetzlichen Vorschriften hinaus auf die Struktur dieser Gemeinschaftsverhältnisse zurück. Zwar ist der Begriff " personenrechtlich " vielfach überspannt und damit auch die Treupflicht selbst entwertet worden.³⁾ Grundsätzlich erscheinen diese Formeln jedoch legitim und für den systematischen Ausbau der Gesellschaften nützlich.⁴⁾ Es genügt allerdings nicht, daß mit solchen Begriffen neben anderen, generalisierenden Klauseln operiert wird. Ein solches Mischverfahren müßte zu einer weiteren Verflachung führen.

Wichtiger ist ein anderer Vorbehalt. Zwar werden

-
- 1) Die AG wird heute in der Lehre meist ausgenommen. Vgl. A. Hueck, Treuegedanke, S. 14 f.; Staud.-Weber A 256 zu § 242 BGB; W. Schmidt in Großkom. z. AktG., Anm. 8 b zu § 1.
 - 2) Ein Beispiel für viele: A. Hueck a.a.O. S. 12. Vgl. im übrigen S. 28 Anm. 3).
 - 3) So schon Fechner, Treubindungen, S. 52 ff., 56; außerdem Schilling JZ 53, 492; Hachenburg-Schilling, Anm. 27 zu § 14 GmbHG; A. Hueck, Recht der OHG, S. 37.
 - 4) Vgl. auch Larenz, Methodenlehre, z. B. S. 315, 340, 366.

mit der gesellschaftlichen Treupflicht gemeinsame Elemente aller Gesellschaften angesprochen und gegen andere vertragliche Grundformen unterschieden. Aber die Festigkeit des Körperschaftsrechts wird gefährdet, denn den vielfältigen Erörterungen der gesellschaftlichen Treupflicht im Schrifttum liegt durchweg die Anschauung eines grundsätzlich einheitlichen Maßstabes für alle Gesellschaften zugrunde.¹⁾ Die Treupflicht des Mitgliedes einer GmbH z. B. erscheint deshalb nur als Unterordnung.²⁾ Dieser allgemeine Ausgangspunkt erweckt Bedenken, weil er die Konturen im Körperschaftsrecht verwischt, obwohl sie gerade hier notwendig sind.³⁾

2. Praktisch bedeutsamer als die Entscheidungen, in denen die Stütze " Treupflicht " für die mit systematischen und traditionellen Methoden zu entwickelnden Ergebnisse überflüssig erscheint, sind die Fälle richterlicher Gestaltung. Bloßer floskelhafter Gebrauch der Treupflicht steht nicht entgegen. Sie tritt zwar zum Teil völlig hinter andere Grundsätze zurück, etwa hinter das Gleichheitsgebot, das allein das Ergebnis zu tragen scheint.⁴⁾ Jedoch lassen sich die einzelnen Gleichbehandlungsfälle nur aus den besonderen

1) Zutreffend Rob. Fischer NJW 54,777 ff. Die weitergehende Vorstellung einer allgemeinen Treupflicht im Privatrecht wird dabei noch außer acht gelassen.

2) Typisch in den Fragestellungen, ob den Aktionär, den GmbH-Gesellschafter usw. eine Treupflicht treffe.

3) Rob. Fischer a.a.O.

4) Bsp. OLG Stuttgart JR 55,463 ff.

Sachzusammenhängen entwickeln.¹⁾ Nähere Erläuterungen für das Gesellschaftsrecht können hier nicht gegeben werden.²⁾ Die Entscheidung hängt jedenfalls, auch wenn mit dem Gleichheitsgebot operiert wird, von den Umständen des Einzelfalles ab. Dann handelt es sich um die Ausübung richterlichen Ermessens. Es kommt insofern nicht darauf an, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung oder die gesellschaftliche Treupflicht im Vordergrund der Argumentation steht.

Im Aktien- und im GmbH-Gesetz finden sich viele Vorschriften, die den Gerichten die nähere Gestaltung überlassen. Das gilt z. B. für das Recht des Aktionärs auf Auskunft. Die weite Fassung der gesetzlichen Bestimmungen³⁾ gewährt dem Richter einen großen Spielraum und ruft ihn zur Konkretisierung auf. D. h. er muß die Reichweite der Pflicht zur Aufklärung von Fall zu Fall entwickeln. Das Gesetz enthält nur allgemeine Gesichtspunkte, die der Richter auszubauen hat. Fast scheint die Rechtsprechung bisweilen überfordert, so wenn das neue Aktiengesetz auf eine " vernünftige kaufmännische Beurteilung " abstellt, §§ 132, 131 III 1.

Aber im Grunde verfährt die Praxis entsprechend, sofern eine ausdrückliche Norm fehlt, wie etwa für

1) Bydlinski, Gutachten, bes. S. 42; Rittner FAMRZ 62, 287.

2) Dazu vor allem Bydlinski a.a.O. S. 20 ff., 31 ff., 40 ff., 46 ff., der sich mit den verschiedenen Erklärungen eingehend auseinandersetzt.

3) §§ 131, 132 AktG, (§ 112 AktG 1937.)

das Auskunftsrecht der GmbH-Mitglieder.¹⁾ Die Aufklärung des Gesellschafters ist Voraussetzung einer sachgemäßen Ausübung vieler Befugnisse. Ein Recht auf Auskunft läßt sich grundsätzlich auch ohne ausdrückliche, gesetzliche Anerkennung rechtfertigen.²⁾ Inhalt und Grenzen dieser Befugnis bedürfen der Konkretisierung. Sie erfolgt von Fall zu Fall.³⁾ Der Umfang des Rechtes auf Auskunft wird also für beide Gesellschaftsformen - mit oder ohne gesetzliche Regelung - auf dieselbe Weise bestimmt. Entscheidend ist jeweils die Abwägung der speziellen Umstände. Dieses Verfahren ist unabhängig davon, ob mit Treupflichten operiert wird.⁴⁾

Die Ausübung richterlichen Ermessens läßt sich in anderen Beispielen ebenfalls nachweisen. Es wurde ein Fall behandelt,⁵⁾ in dem die Klägerin mehr als 25 % der GmbH-Anteile besaß. Damit erfüllte sie die satzungsmäßigen Voraussetzungen für einen Sitz im Aufsichtsrat. Die übrigen Gesellschafter wehrten sich, weil die Klägerin Wettbewerberin der GmbH war. Das Reichsgericht wägte die Gründe für und wider im einzelnen ab,⁶⁾ so den mutmaßlichen Einfluß der

1) Bsp. BGHZ 14,53 ff. § 46 Nr. 6 GmbHG und andere Vorschriften können allenfalls eine Stütze bilden.

2) Vgl. etwa schon RGZ 49,149.

3) Bsp. RG Dt. R. 42,179 Nr. 10; BGHZ 14,53 ff.

4) Vgl. BGHZ 32,159 ff.; 36,121 ff.

5) RGZ 165,68 ff., s.o. S. 95/6 u. S. 134.

6) Vgl. besonders a.a.O. S. 79 ff.

Klägerin im Aufsichtsrat, tatsächliche Anhaltspunkte für ihre Bestrebungen usw. Im Ergebnis wurde der Klage stattgegeben, während die Vorinstanz, die ähnlich verfahren war, abgewiesen hatte.

Ein weiteres Beispiel bildet die Verpflichtung zweier Stammgesellschafter, einen für sie gutgeschriebenen Betrag (endgültig) der GmbH zu überlassen.¹⁾ Das wurde vor allem mit den ausführlich dargelegten Verlusten der Gesellschaft und den an sich schon übermäßigen Gewinnen dieser beiden Mitglieder begründet. Das Reichsgericht entwickelte also wie im vorgenannten Fall das Ergebnis aus den besonderen Umständen. Die Entscheidung ist deshalb Ausdruck richterlicher Gestaltung.²⁾

Es läßt sich sogar die Zulassung eines Ausschlusses von GmbH-Gesellschaftern in diese Kategorie einordnen. Denn praktisch hat erst die Rechtsprechung diese Möglichkeit eröffnet, die das Gesetz nicht vorsieht.³⁾ Das Ergebnis wird jedenfalls sehr stark auf Ermessenserwägungen gestützt. Das Reichsgericht meinte, es sei notwendig, eine GmbH gegen unzumutbare Belastung durch fortdauernde Mitglied=

1) RGZ 167,65 ff., 72 ff.

2) Vgl. z. B. Esser, Vorwort, S. 10.

3) Vgl. Schilling JZ 53,491, der von einer Lösung contra legem spricht. Aufgabe der Kritik allerdings in JZ 55,331 (Anm.). Vgl. auch Staud.-Geiler-Keßler, 37 vor §§ 705 ff. BGB : Korrektivfunktion der Treupflicht.

schaft zu schützen.¹⁾ Ähnlich führte der Bundesgerichtshof aus, es müsse möglich sein, einen Störenfried zu entfernen und das Unternehmen mit allen Werten sowie den vorhandenen Arbeitsplätzen zu erhalten. Wer die gesellschaftliche Verbundenheit zerstöre, mache sich selbst untragbar.²⁾ In diesen Sätzen treten Billigkeitsmomente deutlich hervor. Jedenfalls werden am Einzelfall die wichtigen Gesichtspunkte entwickelt; ihre Abwägung bestimmt die Entscheidung. Besonders typisch für die erörterten Beispiele ist die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens.

Die Argumentation mit Treupflicht, Treu und Glauben, den guten Sitten etc. kann die eigentlich erheblichen Momente äußerlich an den Rand drängen. Jedoch wird in keinem Fall die Antwort aus diesen generalisierenden Klauseln abgeleitet. Die Treupflicht dient, wie gerade die Vielzahl der mit ihr verknüpften Maßstäbe zeigt, als Behelf. Mit den genannten Begriffen und Formeln vollzieht die Rechtsprechung den Übergang zu den Gesichtspunkten, die konkret entscheidend sind. Über die mannigfaltigen Klauseln wird der Rahmen für die Erörterung der besonderen Momente abgesteckt. Die Vorstellung eines begrifflich-deduktiven Rechtsdenkens hinderte wohl, unmittelbar auf die wesentlichen Umstände

1) RGZ 169, 330 ff., 334.

2) BGHZ 9, 157 ff., 159 ff.

einzugehen und deren Abwägung bewußt zur Entscheidungsbasis zu machen. Vielmehr wurde die Ausübung richterlichen Ermessens durch das Operieren mit der gesellschaftlichen Treupflicht und anderen Klauseln verdeckt. Mit dieser Argumentation faßte die Praxis ihre gestaltende Tätigkeit in eine traditionelle Form. Die Funktion der Treupflicht unterscheidet sich insoweit nicht von den guten Sitten, Treu und Glauben etc.¹⁾

3. Die bisherigen Ergebnisse bieten Anlaß, auf die Gefahren hinzuweisen, die durch den Gebrauch dieser Formeln drohen. In einem sehr speziellen Bereich hat die Analyse der Rechtsprechung viele Warnungen bestätigt,²⁾ die sich gerade in jüngster Zeit verstärkt haben.³⁾ Mit der Treupflicht des Aktionärs bzw. des GmbH-Gesellschafters hat die Praxis oft Ermessensentscheidungen verdeckt. Wie andere, generalisierende Klauseln verschleiert diese Treupflicht vielfach die gestaltende, richterliche Tätigkeit. Die Argumentation ist durch die überkommene Rechtsanwendungstheorie beeinflußt und verdient gewiß nicht den Vorwurf der Unredlichkeit.

1) Vgl. z. B. Wieacker, Präzisierung, S. 42 - 44.

2) Grundlegens Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln. (Kontrastierend Siebert, Rechtsmißbrauch, z. B. S. 25 ff.) Vgl. auch F. v. Hippel, Richtlinie und Kasuistik, jetzt in Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 149 ff.

3) Vgl. besonders Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum. Vorwort von Esser, S. 5 ff.; Referat von Rittner, S. 21 ff.

Aber sie ist sachlich bedenklich, weil sie zu unbewußten und unkontrollierten Wertungen veranlaßt.¹⁾

Die scheinbare Bindung an eine gesellschaftliche Treupflicht kann über die falsche Fragestellung zu unrichtigen Ergebnissen führen. Es erhellt, daß Entscheidungen, die auf unreflektierten, richterlichen Wertungen beruhen, vor allem die Rechtssicherheit gefährden.

Wenn die Treupflicht und ähnliche Maßstäbe nicht geeignet sind, die Ausübung richterlichen Ermessens zu begrenzen, so ist die Ordnung auf einer anderen Ebene herzustellen. Auf eine wirksame Kontrolle kann nicht verzichtet werden. Die größte Gefahr liegt in einer schrankenlosen Billigkeitspraxis.²⁾

Letztlich könnte sich die Rechtsprechung im reinen Subjektivismus auflösen³⁾ und damit ihren wissenschaftlichen Rang verlieren. Der Verzicht auf die Treupflicht und ähnliche Klauseln bedeutet keinen Übergang zu richterlicher Willkür. Die neueren methodischen Untersuchungen beweisen das Gegenteil. Sie zeigen bessere Wege zur Kontrolle als die bisherigen Lösungen.

Besonders Esser hat herausgestellt, daß es nicht

1) Rittner, Ermessensfreiheit, z. B. S. 45, 47.

2) Vgl. Wieacker, Präzisierung, S. 5; Esser JZ 56, 557; ders. Vorwort, S. 18; ders. *summum ius*, S. 22 ff.; Rittner a.a.O. S. 45 ff. zur neueren Rechtsprechung.

3) Rittner a.a.O. S. 50.

nur zweckmäßig, sondern wegen der Pflicht zur Gleichbehandlung ein Rechtsgrundsatz ist, daß die Gerichte die in gleichartigen Fällen angewendeten Maßstäbe beibehalten.¹⁾ Die Rechtsprechung bindet sich in den entscheidenden Gesichtspunkten selbst. Sie darf nicht ohne sachlichen Grund abweichen. Gewiß ist diese Beziehung nicht isoliert zu sehen. Es läßt sich eine ganze Skala außergesetzlicher Verbindlichkeiten aufstellen.²⁾ Aber gerade die Fortführung einer anerkannten und bewährten Praxis ist hier bedeutsam. Wenn also die Rechtsprechung, wie in einigen Beispielen, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens als wesentlich bewertet hat, muß sie in späteren Parallelfällen dabei bleiben. Die Kontinuität der Praxis bekommt damit einen spezifisch rechtlichen Sinn.

Die Bindung an die erheblichen Gesichtspunkte älterer Entscheidungen setzt allerdings voraus, daß die Gerichte ihren Gedankengang in allen Phasen einsichtbar machen.³⁾ Die Rechtsprechung muß also ihr Ermessen bewußt und offen ausüben. Es ist erforderlich, daß der Richter die konkret maßgebenden Umstände klar herausstellt, auf die er seinen Aus-

1) Vor allem in Grundsatz und Norm. Vgl. außerdem Vorwort, S. 16; auch Wieacker, *Richterkunst*, S. 15; Rittner, *Ermessensspielraum*, z. B. S. 52, Anm. 103.

2) Wieacker a.a.O. S. 12 ff.; ders. auch JZ 64.640: praktische Moral.

3) Esser, Vorwort, S. 16 ff.; Rittner a.a.O. S. 51/52.

spruch stützt. Dieses Verfahren macht ihm zunächst selbst den Weg zur Entscheidung bewußt. Außerdem können unreflektierte Wertungen von anderen nicht rational nachvollzogen werden. Damit würde nicht nur die Fortführung der Rechtsprechung in Frage gestellt, sondern ihre Kontrolle überhaupt.¹⁾

Wenn die wirklichen Entscheidungsgründe unzugänglich bleiben, ist es fragwürdig, einen Rechtsstreit zu führen, denn die Aussichten der Klage sind zwangsläufig völlig ungewiß.²⁾ Die Nachprüfbarkeit der Urteilsgrundlagen ist jedoch nicht nur für die Beteiligten unentbehrlich. Sie ist im Wesen des Rechtsstaates verankert.³⁾ Deshalb dürfen die Gerichte ihren Spielraum nicht durch generalisierende Klauseln verdecken, sondern müssen von Fall zu Fall die erheblichen Momente mitteilen. Dazu gehört auch die offene Übernahme bewährter Rechtsprechung.⁴⁾ Auf die Vorstellung einer gesellschaftlichen Treupflicht, die zur Begründung unterschiedlichster Folgerungen dient, wird wohl am besten ganz verzichtet. Derartige Klauseln hindern nur die bewußte und kontrollierte Ausübung des richterlichen Ermessens.

1) Esser, Vorwort, S. 16 ff.

2) Vgl. Rittner, Ermessensfreiheit, S. 39 im Hinblick auf das Recht der europäischen Gemeinschaften und dessen Auswirkungen.

3) Wieacker, Richterkunst, S. 9.

4) Rittner a.a.O. S. 52, Anm. 103.

Die Auflösung des streng begrifflich-deduktiven Rechtsdenkens und die Erkenntnis weiter Bereiche richterlichen Ermessens erlaubt also keine Willkür. Denn mit der Stärkung richterlicher Freiheit ist die Verschärfung der Begründungspflicht verbunden.¹⁾ Erst die offene Argumentation macht die Entscheidungen wahrhaft rational nachprüfbar.²⁾ Dieses Verfahren schafft die Grundlagen für fundierte Stellungnahmen der Wissenschaft, der beteiligten Kreise, des allgemeinen Verkehrs, die eine Regulierung der Rechtsprechung veranlassen können.³⁾ Umgekehrt beeinflussen die gerichtlichen Urteile ihrerseits den Kodex der betroffenen Gruppen. Es findet also eine Wechselwirkung statt.

Die weiteren Fragen überschreiten das Thema. Es kann hier nicht untersucht werden, wie die Falljudikatur zu einer behutsamen Regelbildung führt. Die bewußte Wiederaufnahme leitender Gesichtspunkte wird diese allmählich so abschleifen, daß ihre Herkunft nicht mehr sofort erkennbar ist.⁴⁾ In dieser Entwicklung deutet sich der Kreislauf an, der sich zwischen dem Erfassen des Problems am Einzelfall, der Ausbildung von Prinzipien und der systematischen Festigung ständig wiederholt.⁵⁾

1) Esser, Vorwort, S. 16 ff.; Rittner, Ermessensfreiheit, S. 51/2.

2) Rittner a.a.O. S. 51; auch Wieacker, Richterkunst, S. 15.

3) Vgl. schon A. Hueck, RG-Praxis IV, 169, der aber §§ 138, 826 BGB als notwendige Grundlagen für eine Berücksichtigung der in anständigen Wirtschaftskreisen herrschenden Auffassungen ansieht.

4) Auch die Verknüpfung mit der Treupflicht ist in bestimmten Problemen immer blasser geworden. Vgl. Staud.-Weber, A 248 ff. (OHG), A 258 (GmbH).

5) Esser, Grundsatz, S. 7.

C. Schluß.

Die Ergebnisse und die Begrenzung des Themas.

I. Zusammenfassung.

Die wesentlichen Resultate lassen sich auf wenige Aussagen konzentrieren.

Zunächst hat die Analyse der Rechtsprechung gezeigt, daß die Treupflicht in der Praxis des Aktien- und GmbH-Rechtes immer nur neben vielfältigen anderen Klauseln auftritt. Sie kann aus diesen Zusammenhängen nicht gelöst werden. Eine isolierende Betrachtung neigt leicht dazu, einen selbständigen Rechtsbegriff " Treupflicht " zu entwickeln. Diese Konstruktionen führen zu einer wachsenden Entfernung von der Rechtsprechung.

Wenn die Praxis mit der Treupflicht des Aktionärs oder GmbH-Gesellschafters operiert, handelt es sich nicht um Subsumtionen. Die Vielzahl der Klauseln, die in den einschlägigen Urteilen auftreten, zeigt, daß es in Wirklichkeit um das Verhältnis des Richters zum geschriebenen Recht geht. Das kommt deutlich in den ständigen Hinweisen auf die Gegebenheiten des Einzelfalles zum Ausdruck. Diese besonderen Umstände sind maßgebend für die Ent-

scheidung. Mit der Treupflicht und den sie erläuternden Formeln wird die Ausübung richterlichen Ermessens oft verdeckt. Die noch verbreiteten Vorstellungen der überkommenen Rechtsanwendungstheorie bergen die Gefahr unkontrollierter Billigkeits= erwägungen in sich. Demgegenüber betonen die neueren methodischen Untersuchungen, daß das richterliche Ermessen bewußt und offen auszuüben ist. Sie verschärfen die Pflicht zur Begründung, denn die Gedankenführung des Richters muß nachvollziehbar sein.¹⁾

Das bedeutet keinen Übergang zu bloßer Willkür. Mit der Erkenntnis richterlichen Ermessens sind außergesetzliche Verbindlichkeiten in den Vordergrund getreten, die bessere Begrenzungen gewährleisten als die bisherigen Wege.²⁾

Weitere Schranken zieht das System des Körper= schaftsrechts der richterlichen Freiheit. Sie ist zwar auch in diesem Bereich unentbehrlich. Das richterliche Ermessen spielt jedoch eine geringere Rolle als etwa im Schuldrecht. Gerade im Hinblick auf die Bedeutung der Gesellschaftsformen weckt die Treupflicht Bedenken. Der einheitliche Maßstab, der mit diesem Begriff angesprochen wird, droht die notwendigen Grenzen zu verwischen. Dabei bedarf

1) Esser, Vorwort, S. 16 - 18; Rittner, Ermessens= freiheit, S. 51 f.

2) Vgl. Wieacker, Richterkunst, S. 12 - 15 ; Esser a.a.O. S. 16 ff.; Rittner a.a.O. z. B. S. 52, Anm. 103.

es einer gesellschaftlichen Treupflicht und ähnlicher Formeln oft schon deshalb nicht, weil sich das Ergebnis systematisch entwickeln läßt. AG und GmbH können allerdings nicht durch die Summen der gesetzlichen Bestimmungen erfaßt werden. Die Normen regeln nur spezielle Fragen. Erst hinter den einzelnen Vorschriften tritt die Struktur der Gesellschaften hervor. Sie würde eine gesicherte Basis für viele Aussagen bilden, die bisher an generalisierende Klauseln geknüpft werden.

II. Die allgemeine Bedeutung im Gesellschaftsrecht.

Es fragt sich, ob die Ergebnisse über den Rahmen des Aktien- und GmbH-Rechtes hinaus verwertbar sind. Die Vorstellung einer allgemeinen Treupflicht im Privatrecht oder auch nur einer umfassenden gesellschaftlichen Treupflicht muß jedenfalls aufgegeben werden. Schon die Analyse der Rechtsprechung eines begrenzten Bereiches hat gezeigt, daß eine einheitliche Erklärung nicht möglich ist. Eine genauere Stellungnahme würde die Erörterung im einzelnen erfordern, ob die Praxis mit dem Begriff "Treupflicht" stets in gleichartiger Weise argumentiert.

Deshalb lassen sich hier nur vorsichtige Andeutungen geben, die zudem nur Personalgesellschaften

und Genossenschaften betreffen.¹⁾ Andere wichtige Gebiete bleiben ausgenommen, insbesondere das Arbeitsrecht.²⁾ Vielleicht steht die arbeitsrechtliche Treupflicht auf festerem Boden als die gesellschaftliche.³⁾

Zwar gehört sie gerade bei Personalgesellschaften und Genossenschaften zum festen Bestand.⁴⁾ Die Generalklausel " Treupflicht " wird stärker beachtet als im Aktien- oder GmbH-Recht. Jedoch hält sich die Praxis ebenfalls zurück, wenn sie auch nicht so fragmentarisch wirkt wie im Körperschaftsrecht.

Die Entwicklung verlief parallel. Der Schwerpunkt lag zwischen 1933 und 1945. Immerhin wird die Treupflicht bei Personalgesellschaften bis in die jüngste Zeit beibehalten.⁵⁾ Durch die größere Dichte der Rechtsprechung ist der Hinweis auf die Treupflicht teilweise stark verblaßt. Haben sich gar selbständige Normen gebildet, so wird oft völlig auf diesen Begriff verzichtet, z. B. beim Wettbewerbsverbot.

Maßgebend sind wie im Aktien- und GmbH-Recht die

-
- 1) Vgl. in der Literatur etwa: Staud.-Weber, § 242, A 246 ff. (OHG und KG), A 260 (Gen.); Lehmann, Ges.R. S. 108 (OHG), S. 315 (Gen.).
 - 2) Auch die Treupflicht der Verwaltungsträger, die nicht zugleich Gesellschafter sind, wurde ausgeklammert.
 - 3) Vgl. z. B. Küster, Inhalt und Grenzen, S. 62, der für Dienstverträge die Treupflicht anerkennt, die er sonst ablehnt.
 - 4) Speziell zu Genossenschaften: Meyer-Meylenbergh, Anm. 9 zu § 18 GenG; Lang-Weidmüller 1 zu § 18 GenG; Paulick, Recht der eingetr. Gen. S. 198 ff.
 - 5) BGHZ 38,306 ff., 309, KZR.; BGH JZ 65,579, II.ZS.

besonderen Umstände. Soweit es sich nicht um bloße floskelhafte Wendungen für ein traditionell entwickeltes Ergebnis handelt, markiert auch in der Rechtsprechung zu den Personalgesellschaften und Genossenschaften der Begriff " Treupflicht " die Ausübung richterlichen Ermessens.

L e b e n s l a u f .

Am 10. Aug. 1937 in Solingen geboren. Nach 4 Jahren Volksschule und 9 Jahren Gymnasium 1957 Abitur. Anschließend Wehrdienst in Hannover. 1958 Beginn des Jurastudiums in Köln, 1960 Fortsetzung in Freiburg, dort 1962 erste jur. Staatsprüfung. Ab 1. Jan. 1963 Referendarausbildung im Bezirk des OLG Düsseldorf. Dezember 1966 zweite jur. Staatsprüfung. Seit 1. April 1967 Stadtassessor in Braunschweig.

